

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 73 • Nisan 2008 • Sayı: 2 • Üç ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Nevzat ERDEMİR

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ

YAYIN KURULU

Av. Abbas ERDOĞAN
Av. Erdem GÜMÜŞ
Av. Zekiye Özen İNCİ
Av. Ertuğrul PERİM
Av. İlhan ERKUL
Av. Levent DAĞAŞAN
Av. Mehriğül KELEŞ
Av. Nizamettin ERKUL
Av. Onur GÜVEN
Av. Özcan ÖGÜTÇÜ
Av. Uluğ İlve YÜCESOY

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI (İ.Ü.Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (Galatasaray Ü. Hukuk Fak. Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İ.Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (Bahçeşehir Ü.Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Huk.)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (DEÜ Hukuk Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU (DEÜ Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İ.Ü. Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (DEÜ Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku)
Prof. Dr. NEVZAT KOÇ (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku-Deniz Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Ankara Üniversitesi Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (DEÜ Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (Kültür Ü. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (GSÜ H. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü)
Prof.Dr. Melda SUR (DEÜ Huk.Fak. Devletler Umumi-İş ve Sosyal Güvenlik Huk.)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER (Medeni Hukuk)

Doç. Dr. Mustafa ALP (DEÜ İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. Meltem CANIKLIOĞLU (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. B.Bahadır ERDEM (İ.Ü. Hukuk Fak. Devletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (Deü Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Mustafa SAKAL (DEÜ İİBF Maliye Bölümü)
Doç. Dr. Şükran ERTÜRK (Deü Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Meltem Kutlu GÜRSEL (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (İÜ Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR (DEÜ Hukuk Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz SANCAKTAR (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İflas Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Beşir ACABEY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Hacı CAN (DEÜ Huk. Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (Marmara Üniv. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Sevtap METİN (İÜ Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖGÜTÇÜ (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Tijen Dünder SEZER (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Gökçe Türkoğlu ÖZDEMİR (DEÜ Huk. Fak. Roma Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Ahmet TÜRK (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Av. Talih UYAR

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No:16 K:6 Barohan

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 463 00 14

Faks: 0232 463 66 74

e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr

yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

Basıma Hazırlık:

Egetan Bas. Yay. Ltd. Şti.

1484 Sok. No. 15 K.2 Alsancak/İZMİR

Tel: 0 232 421 08 96

Basıldığı Yer:

Uşşak Matbaacılık Ltd. Şti.

1464 Sok. No. 55/A Alsancak/İZMİR

Tel: 0 232 464 99 67

Basım Tarihi: 7/05/2008

İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar, yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

İçindekiler

Yazı İşleri Müdürü'nden Muhittin ÜSTÜNDAĞ	7
Dostluk Alfabesi Nevzat ERDEMİR	11
Anadilde Eğitime Dair Bir Eğitim Sendikası Tüzüğü ve Bu Eğitim Sendikasına Dair Bir Yargısal Sürecin Düşündürdükleri Meltem Dikmen CANIKLIOĞLU	13
“Süre Tutum Dilekçesi” ve “Gerekçeli Temyiz Dilekçesinin” Müdafî ve Vekil Açısından Olağan Kanun Yollarındaki İşlevi Yakup GÜL	32
Hukuk Yargılamasında Avukatın Rolü Semih GÜNER	40
Hükümetin Anayasa Önerisinde Yargı'ya İlişkin Düzenlemeler Hukuk Devleti Adına Kaygı Vericidir Mehrigül KELEŞ	78
Haksız Tutuklama Sebebiyle Tazminat Davaları Muammer YURDAKUL	88
Sabri KURT ile söyleşi	114

HAKEMLİ MAKALELER	149
Avrupa Birliği'nde İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi	
Hacı CAN	150
YARGI KARARLARI	183
AİHM Kararı	184
Ceza Bölümü	195
Özel Hukuk Bölümü	203
İdare Hukuku Bölümü	243
Yitirdiklerimiz	249

İzmir Barosu Dergisi'ne Yazı Gönderecekler İçin Bilgi Notu

1. Dergimizin “hakemli” olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde “hakemli” ve “hakemsiz” yazılar birlikte yer alabilmektedir.
2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında ve otuz sayfayı geçmemelidir. Dergimize gönderilecek yazıların 12 punto (dipnot, kaynakça, özet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve CD veya diskete kaydedilmiş olarak gönderilmesi gerekmektedir.
4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.
6. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulu'nda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının “hakemli makaleler” bölümünde basılmasına karar verilecektir.
7. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **“biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk”** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem

denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına asla engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

8. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulu’nda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulu’nca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerektiğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulu’nca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.

9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.

10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kurulu’na ulaştırılması gereklidir.

11. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

12. İzmir Barosu Dergisi’nin yazı dili Türkçe’dir.

13. İzmir Barosu Dergisi; bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri ve hukuk tartışmalarına vb. yazılara Yayın Kurulu’nun kararı ile yer verilecektir.

Yazı İşleri Müdürü'nden

■ Muhittin ÜSTÜNDAĞ (*)

Değerli Okurlar;

Önceki sayıda ülkede yaşanan tüm olumsuzluklara karşın, güzel bir hatırlatmayla söze girmiş, üyesi olmaktan onur duyduğum İzmir Barosu'nun bu yıl yüzüncü yaşını kutladığını sizlere duyurmuştum.

Sürdürmekte olduğumuz çalışmalar devam etmektedir. Tamamlandığında **“Yüzüncü Yıla Özel Sayı”** armağan dergisi siz değerli okurlarımıza, tarihsel yazılar, belgeler ve fotoğraflarıyla sunulacaktır.

Bu yıl da siyaset ve hukuk gündemin birinci maddesi olmaya devam edecek gibi görünüyor. Siyasi iktidarın türbanla yarattığı gerilim, yasama organının yapacağı değişikliklerle bunu yasal hale getirme girişimleri, Başbakan'ın laiklik konusundaki açıklamaları ardından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın hazırladığı 162 sayfalık iddianameyle Anayasa Mahkemesi'nden **“AKP'nin laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği anlaşıldığından Anayasanın 68/4, 69/6, Siyasi Partiler Kanununun 101/1-b ve 103/2' nci maddeleri uyarınca TEMELLİ KAPATILMASINA KARAR VERİLMESİ”** isteminde bulundu. Anayasa Mahkemesi de davayı AKP yönünden oybirliğiyle, Cumhurbaş-

(*) Avukat, İzmir Barosu Dergisi Yazı İşleri Müdürü

kanı hakkındaki iddialar yönünden ise oyçokluğuyla kabul etti. AKP siyasetinin Anayasa Mahkemesi'nde yapacağı savunmayı hep birlikte göreceğiz. Öte yandan ülkede yargı konusunda yaşananlar halk deyimi ile "köpeksiz köyde değneksiz dolaşmak" olarak özetlenebilir. Soruşturma yürüten bir savcının üstelik gizlilik kararı bulunmasına karşın hukuk kurallarının işletilmesi sırasında bilgilerin emniyet aracılığıyla basına duyurulmasına, emniyet görevlilerinin özellikle Selçuk, Perinçek ve Alemdaroğlu gözaltılarında amacını aşan kasti davranışlarına göz yumması ve bu yönde alınması gereken önlemleri almaması, sekiz ayı aşan sürece karşın tutuklananlar hakkında iddianame düzenlemeyerek, tutuklama önlemini infaza dönüştürmesi elbette kabul edilemez. Anayasayla güvence altına alınan hukuk devletinin ve hukukun üstünlüğünün en temel ilkesi bağımsız yargıdır. Ancak, yargılamada temel ilkelerden biri de adil yargılanma hakkıdır. Bu hak, Türkiye'nin kabul ettiği "İnsan Hakları Evrensel Beyanname" ve "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nde de çağdaş bir hukuk kazanımı olarak yer almaktadır. Bu soruşturma sonunda varılan noktada umarız bağımsız yargı ve hukukun üstünlüğü zarar görmez.

Siyasal iktidarın "*Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasa Tasarısı*" konusundaki dayatmaları, IMF talimatları, neoliberal, düzenleyici, piyasacı devlet anlayışı içeren küresel politikalar ve uzantısı sermayenin isteklerinin bir sonucu olarak TBMM'de kabul edilmiş olup, yasalaşma süreci devam etmektedir. Söz konusu yasayla halen emekli, çalışan ve yakın gelecekte çalışma yaşamına geçecek yurttaşlarımızın reform aldatmacasıyla kazanılmış hakları ellerinden alınmaktadır.

Dergimizin içeriğine gelince;

Baro Başkanımız, bu sayımızda "*Dostluk Alfabetesi*" adlı şiirini sizlere sunuyor.

Meltem Dikmen Caniklioğlu'nun, "*Anadilde Eğitime Dair Bir Eğitim Sendikası Tüzüğü ve Bu Eğitim Sendikasına Dair Bir Yargısal Sürecin Düşündürdükleri*" adlı çalışmasını,

Yakup Gül'ün, "*Süre Tutum Dilekçesi*" ve "*Gerekçeli Temyiz Dilekçesinin*" Müdafisi ve Vekil Açısından Olağan Kanun Yollarındaki İşlevi, adlı yazısını,

Semih Güner'in, "Avukatlar Haftası" Etkinliğimizde sunumunu yaptığı *"Hukuk Yargılamasında Avukatın Rolü"* adlı makalesini,

Mehrigül Keleş'in, *"Hükümetin Anayasa Önerisinde Yargı'ya İlişkin Düzenlemeler Hukuk Devleti Adına Kaygı Vericidir"* adlı çalışmasını,

Muammer Yurdakul'un, *"Haksız Tutuklama Sebebiyle Tazminat Davaları"* adlı makalesini, okurlarımıza sunmaktayız.

"Sabri Kurt ile Söyleşi" de, *"Önceki Başkanlarımızla Söyleşi"* geleneğimizi sürdürüyoruz.

Hacı Can'ın, *"Avrupa Birliği'nde İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirmesi"* adlı hakemli makalesini, ilgiyle okuyacaksınız.

Her sayımızda biraz daha artırmaya gayret ettiğimiz yargı kararları bölümüne siz değerli okurlarımızın da katkılarını bekliyoruz.

Şahsım, yayın kurulunda emekleri geçen değerli meslektaşlarım ve Baro çalışanlarımız adına sağlık ve esenlikler dilerim. Okuyakalın.

Av. Muhittin Üstündağ

DOSTLUK ALFABESİ

*Dostluk alfabesini
Yazsalar yenibaştan
Alfabenin ilk sözü sadakat
Sadık dostum
Vefasızın yeri yok
Dostluk alfabesinde
Gönül dostu dostunu
Sever canı gönülden
Haset, kinin yeri yok
Dostluk alfabesinde
Dosttur dostun kardeşi
Dostluk bir güven işi
Kalleşliğin yeri yok
Dostluk alfabesinde
Dostluğun bahçesinde
Hiçbir meyve ham değil
Dostu olan insana
Dünya yükü gam değil
Çiğliklerin yeri yok
Dostluk alfabesinde*

NEVZAT ERDEMİR

*Dosttur dostun sırdaşı
Dostluk bir güven işi
Boşboğazın yeri yok
Dostluk alfabesinde
Dost olan hoşgörölü
Sever gönöl gönölü
Katılığın yeri yok
Dostluk alfabesinde
Dostluk bir iletişim
Gönüllerde titreşim
Ayrı telin yeri yok
Dostluk alfabesinde
Dost dostunu bulunca
Çözüm bulur her sorun
Kör düğümün yeri yok
Dostluk alfabesinde
Av. Nevzat Erdemir (*)*

(*) Avukat, İzmir Barosu Başkanı

Anadilde Eğitime Dair Bir Eğitim Sendikası Tüzüğü ve Bu Eğitim Sendikasına Dair Bir Yargısal Sürecin Düşündürdükleri

■ Meltem Dikmen CANIKLIOĞLU*

Anadilde eğitim konusunun ülkemizin tekrar gündemine getirilmiş olması, yakın bir geçmişte yaşadığımız bu konudaki bir tartışmayı tekrar hatırlamak ve bir hukuk devletinde bu sorunu hukukun amacı ve ilkeleri ışığında tekrar tartışmak zorunluluğunu doğurdu.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal eden dava, Tüzüğü'nün 2. Maddesinde yer alan **“....bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini savunur”** ibaresini, yasa gereği yapılan uyarıya rağmen Tüzüğünden çıkarmayan Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası'nın 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 37. Maddesi gereğince kapatılması talebine ilişkindi.

Davanın geçirdiği aşamaların özeti aşağıdadır:

1.Yerel Mahkeme, davalı sendikanın tüzüğünün amaç kısmında yer alan **“anadilde öğrenim görme”**ye ilişkin ibarenin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin toprak bütünlüğüne, ulus bütünlüğüne, devletin tekliğine, sınırların değişmezliğine karşı bir tehlike olarak görülmediği, Anayasa'nın 90. Maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. ve 11. maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde davanın reddinin gerektiğini belirterek, kapatma talebini kabul etmemişti.

(*) Doç. Dr. DEÜ Hukuk Fakültesi öğretim üyesi

2. Yerel Mahkeme kararını bozan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin dayandığı gerekçeler ise şunlardı:

a. Yerel mahkeme, Tüzüğü değerlendirerek, 2. maddede taşıdığı ibarenin yasalara aykırı olduğunu tespit etmiş ve ilgili sendikaya düzeltme yapması yönünde süre vermiştir.

b. Tüzüğün, uyarı doğrultusunda kanunlara uygun hale getirilmesi gerektiği halde, davalı sendikaca bu uyarının dikkate alınmaması ve sendika vekilinin tüzükte değişiklik yapılmayacağı yolundaki beyanı, yasa gereği yeniden esasa girmeden sendikanın kapatılması yönünde karar vermeyi gerektirir. Yerel mahkemenin esasa girip inceleme yapması isabetsizdir.

c. Sendika Tüzüğünde yer alan Anayasa ve yasalara aykırı düzenlemenin, Valilik ve Mahkemece yapılan ihtarlara rağmen değiştirilmemesi ve değiştirilmeyeceğinin beyan edilmesi, sendikanın bir faaliyeti olarak değerlendirilmelidir ve (bu faaliyetle) sendika “üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal menfaatini korumaktan başka bir amacı olmaması gerekirken” amacı dışına çıkmıştır.

d. Sendika Tüzüğünde yer alan “....**bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur.**” ifadesi, Anayasa'nın 3., 42/6., Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 20. maddesi hükümlerine aykırıdır. Bu nedenle davalı sendikanın kapatılmasına karar verilmesi gerekirken davanın reddi hatalı bulunmuştur.

3. Yerel mahkeme, bozma kararında ileri sürülen gerekçelere karşı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10, ve 11. maddeleri ve Anayasa'nın 90. maddesinden hareketle, vermiş olduğu red kararında direnmişti.

Yerel mahkemenin, vermiş olduğu direnme kararına gerekçe kıldığı görüşler ise şunlardı:

– “T.C. Anayasası'nın 90. maddesi son cümlesi; **“Usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”** diyor. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası yoruma açık olmayacak kadar kesin ve nettir. Belirtilen açıklamadan dolayı 4688 sayılı Kanun'un 37. madde-

sinin uygulama yeteneği, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası hükmü karşısında ortadan kalkmıştır.

– Sendika kurma hakkı, Anayasamızın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen 12.-74. Maddeleri arasında yer alır (m. 51). B.M. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Paris Şartı, Helsinki Sözleşmesi hükümleri, Anayasa'nın üstündedir. Bu görüş kabul görmediği takdirde, en azından Anayasamızın insanlığın ortak değeri olan, gelişmenin göstergesi olan, insanlığın ortak vicdanı olan B.M. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine göre yorumlanması, anlaşılması gerektiği düşünülmektedir. T.C. Anayasası'nın 90. maddesi ile sendika kurma hakkına ilişkin 51. maddesi birlikte düşünülmelidir.

– Davalı sendikanın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. ve 11. maddelerini izleyen fıkralardaki bir eylemi bulunmamaktadır. Öğrenim, herhangi bir meslek, sanat ya da iş için gerekli bilgi, beceri ve alışkanlıkların elde edilmesi amacıyla yapılan çalışmadır. Öğretim ise belli bir amaca göre gereken bilgileri verme işlemidir. Kapatılan sendikanın ana dilde öğrenimi savunması bize göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. ve 11. maddelerindeki sınırlamalara bağlı değildir.

– Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin resmi dili Türkçe'dir. Anayasanın 66. maddesi hükmüne göre Türk Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür. Resmi dil dışında resmi olmayan bir şekilde ana dilin öğrenilmesi bize göre hukuka aykırı bir eylem ve davranış değildir. Tam tersine Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin vatandaşlarına sahip çıktığının göstergesidir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, resmi dil dışında farklı dili ve kültürü olan vatandaşlarına kol kanat gerdiğini, vatandaşlarını koruduğunu, kültürlerinin gelişmesine katkıda bulunduğunu ortaya çıkaran bir davranıştır. Anayasamızın 10. maddesine göre yasalar önünde tüm vatandaşlar eşittir. Yukarda belirtilmeye çalışıldığı gibi resmi dil olan Türkçe'nin dışında ikinci bir resmi dil olmayacaktır. Ne var ki, resmi dil dışında bulunan diğer dillerin özel olarak öğrenilmesi engellenmemelidir. Bu durum, ulusal bütünlüğümüzü perçinleyen, pekiştiren, vatandaşlarımızı Türkiye Cumhuriyeti'ne bağlayan bir köprü olacaktır.

–A.İ.H.S.'nin 10 ve 11. madde hükümlerine göre sendika,

dernek ya da siyasi partilerin kapatılması için getirilen bilebildiğimiz iki ölçüt bulunmaktadır. Bunlardan biri yakın tehlike, diğeri ise şiddet ölçütüdür. Kapatılması istenen sendikanın tüzüğündeki **“ana dillerin öğrenilmesini savunur, kültürlerin geliştirilmesini savunur.”** sözcüklerinde, belirtilen öğeler bulunmamaktadır. Bir an için ... bu sözcüklerin yasaya aykırı olduğu düşünülse dahi, bu sözcüklerin kapsam ve içeriğinde yakın tehlike olmadığı gibi şiddet ögesi de yoktur. Ayrıca bu sözcükler de mahkememizce ulusal birliğimize, ülkenin toprak bütünlüğüne, devletin tekliğine, sınıfların değişmezliğine karşı bir tehlike olarak görülmemiştir. Tersine sendika kapatılmadığı takdirde toplumcu gerginlik azalacak, toplum içindeki kargaşa ve çekişme yerini barışa bırakacaktır.

Yukarda belirtilen tüm görüşlerden, mahkememizce eski kararda direnilmesine karar vermek gerekmiştir”.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur. Bizim de katıldığımız bu bozma kararı, şüphesiz Genel Kurulda titizlikle değerlendirilen ve takdir edilen gerekçeler ışığında alınmıştır. Bu gerekçelerin hukuk ışığındaki geniş bir açılımını şöyle yapabiliriz:

1. Davalı Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası Tüzüğü’nün **“Sendikanın Amaçları”** başlığını taşıyan 2. maddesinin b bendi; **“Toplumun bütün bireylerinin temel insan hakları ve özgürlükleri doğrultusunda demokratik, laik, bilimsel ve parasız eğitim görmesini, bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur.”** ifadesini taşımaktadır.

Davalı sendika, yapılan uyarı karşısında, tüzüğünde yer alan bu ifadenin, Anayasa ve yasalara aykırılık teşkil etmediği, uluslararası sözleşmelerdeki konuya ilişkin düzenlemelere uygun olduğu ve bu nedenle tüzükte değişiklik yapmayacağını beyan etmiştir.

2. Dava hakkındaki değerlendirmelerimizde göz önünde bulunduracağımız mevzuat hükümlerini şöyle sıralayabiliriz:

1982 AY m. 3: **“Türkiye Devleti, ülkesi ve milleti ile bölünmez bir bütündür, dili Türkçe’dir.”**

1982 Anayasası m. 42/son **“Türkçe’den başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına anadilleri ola-**

rak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır.”

Aynı maddenin 4. bendi; ***“Eğitim ve öğretim hürriyeti Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.”***

(7.5.2004 T. Ve 5170 sayılı kanunla değişik)1982 AY m. 90/son cümle: ***“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”***

14. 10. 1983 t. ve 2923 sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi İle Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanunun, 30.7.2003 T. ve 4963 sayılı yasayla değişikliğe uğratılan m. 2/a-b: ***“Eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına Türkçe’den başka hiçbir dil ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Ancak Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesi için 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu hükümlerine tabi olmak üzere özel kurslar açılabilir; bu kurslarda ve diğer dil kurslarında aynı maksatla dil dersleri oluşturulabilir. Bu kurslar ve derslerde Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı öğretim yapılamaz. Bu kursların ve derslerin açılmasına ve denetimine ilişkin esas ve usuller Milli Eğitim Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”***

4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu m. 20: ***“Bu kanuna göre kurulan sendika ve konfederasyonlarının işleyişleri Anayasa’da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz.”***

3. Davalı sendika, 13.4.1994 tarih ve 3964 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 4. maddesinin 1. fıkrasını da savunmasına dayanak kılmıştır. Buna göre; ***“...Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde de yayın yapılabilir. Bu yayınlar Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olamaz...”***

Ayrıca yine davalı sendika, yukarda yer verdiğimiz 4963 sayılı Kanunla değişik 2923 sayılı Kanunun 2/a-b maddelerinden hareketle Tüzükte yer alan **“...bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini savunur.”** düzenlemesinin Anayasaya aykırılığını ileri sürmenin hukuk dışı olduğunu savunmaktadır.

Davalı sendika, “anadili öğrenmek” ile “anadilde öğrenim” kavramlarını bilinçli olarak harmanlamakta ve savunmasını, yarattığı bu bilinçli kavram kargaşası temelinde yürütmektedir.

Yerel mahkeme de, bu bilinçli kurguyu desteklercesine direnme kararı gerekçesinde; **“...resmi dil dışında bulunan diğer dillerin özel olarak öğrenilmesi engellenmemelidir. ...Kapatılması istenen sendikanın tüzüğündeki “anadillerin öğrenilmesini savunur, kültürlerin geliştirilmesini savunur” sözcüklerinde belirtilen öğeler bulunmamaktadır.”** ifadelerini kullanmaktadır.

1961 Anayasası’nın 11. maddesi doktrin ve uygulamada yıllarca bir “veya” sözcüğü üzerinde keskin görüş ayrılıklarının yaşanmasına sebep oldu. Değişiklikle **“veya”**’nın **“ve”**’ye dönüştürülmesi sorunu büyük ölçüde halletti. Ne davalı sendikanın ne de yerel mahkemenin **“anadili öğrenmek”** ile **“ana dilde öğrenim”** arasındaki pek de önemsiz sayılamayacak farkı fark etmemesi düşünülemez. İki ifade arasındaki anlam farkının tespiti, doğru değerlendirme yapabilmenin önkoşuludur. Yerel mahkemenin direnme kararında yer alan yukarda tırnak içinde yer verdiğimiz ibarenin sehven karar gerekçesine girdiğini ümit etmek isteriz.

4. 6.2003 tarihinde imzalanarak iç hukukumuzda yürürlüğe giren ve kamuoyunda İkiz Sözleşmeler olarak bilinen sözleşmelerden BM Ekonomik Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin paralelinde yapılan 30.7.2003 tarih ve 4963 sayılı Kanunla, 1983 tarihli Yabancı Dil Eğitimi ve Öğrenimi İle Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkındaki Kanun’un 2. maddesinin a ve b bentlerinde yapılan değişiklikle sağlanan, ana dili öğrenmek üzere özel dil kurslarının açılması doğrultusundaki uygulamayı tartışmıyoruz. Anadilin öğrenilmesi ve kültürel hakların geliştirilmesi, uluslar arası sözleşmelerin iç hukukumuzda ilham ettiği haklar ve özgürlükler değildir. 1982 Anayasası’nın şu ana kadar hiçbir değişikliğe uğramadan içeriğini korumuş 17. maddesi **“Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”**

cümlesi ile başlar. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, vatandaşlarının sahip olduğu anadili özel yaşamında kullanması ile ilgili herhangi bir problemi yoktur. Anadilin öğrenilmesi için özel dil kursları açılması konusunda sağladığı yasal açılımla devlet olarak üzerine düşen yükümlülüğü de üstlenmiştir. Davalı sendikanın tüzüğünde yer verdiği amaç, anadilin öğrenilmesinden farklıdır.

5. Anayasamızın temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşme hükümlerinin, aynı konuda çelişen kanunlara önceliği olduğu yolundaki düzenlemesini içeren 90. Maddesi, anadilde öğrenim çerçevesinde önümüze geldiğinde soracağımız ilk soru şu olmalıdır: Anadilde öğrenimi ilkesel ve pratik olarak düzenleyip kapsamına alan hangi uluslar arası sözleşmenin tarafıyız? Ve tarafı olduğumuz bu sözleşme veya sözleşmeler ile çelişen hangi Anayasa ve yasa kuralını sözleşme hükümlerini dikkate almadan uygulamışız? Türkiye'nin imzaladığı ve iç hukukumuza dahil ettiği sözleşmelerin hiçbirisi B.M. Ekonomik Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi hariç, anadilde eğitim veya anadilin öğrenilmesi konusunda sözleşmecî devlete bir yükümlülük getirmemektedir. O yükümlülük kapsamında da Türkiye üzerine düşeni yapmış ve ana dil öğrenimi konusunda özel kurslara kanuni düzenleme getirmiştir.

6. Davalı sendika, anadilde öğrenimi, anadil öğrenimi ile karıştırarak oluşturduğu savunma kurgusunun yetersizliği ihtimaline binaen, savunmasını düşünce özgürlüğü ekseninde de pekiştirme çabasıdadır. Buna göre de Anayasamızın düşünce ve kanaat hürriyetini düzenleyen 25. maddesine ve düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26. maddesine gidecek; bu maddeler kapsamında sahip olunan özgürlüklerin yine Anayasamızın 13. maddesi gereği ancak kanunla ve o temel hakkın özüne dokunmadan sınırlanabileceğini ifade ediyor. Buradan anlıyoruz ki, tüzükte yer alan **“...anadilde öğrenimi savunma”** ibaresi, sendika üyelerinin düşünce ve kanaat özgürlüğü kapsamında ve bu düşünce ve kanaati bireysel veya toplu olarak her şekilde açıklama ve yayma hakkı kapsamında bir zemine oturtulmak istenmektedir. Devamla; niteliği itibarıyla kişiye bağlı bir hak olarak değerlendirilmesi gereken düşünce ve düşüncüyü açıklama hürriyetinden örgütlenme özgürlüğüne de atlanarak, Anayasamızın 51. maddesindeki sendika kurma hak-

kının koruma alanından istifade talep edilmektedir. Buna göre de; davalı sendika temsilcilerine göre; yine Anayasamızın 13. maddesi gereği bu hak da özüne dokunulmadan sınırlanabilir.

Yerel mahkeme gerek ilk kararında gerekse direnme kararında, davalı sendikanın savunması doğrultusunda gerekçelerle davalı sendika ile aynı görüşler paralelinde hüküm kurmuştur.

Davalı sendika ve yerel mahkeme, Anayasanın düşünce ve düşünceyi ifade özgürlüğünü düzenleyen 25. 26. maddeleri ile sendika kurma hakkını düzenleyen 51. maddesini yanlış ve eksik yorumlamakta, Anayasanın 90. madde hükmünü ait olmadığı bir zeminde tartışmakta, adeta ulusal ve uluslar arası hukukun öngördüğü düzenlemelerden, bu düzenlemelerin niteliksel olarak uygulanmasına elverişli olmayan bir zeminde çıkarımda bulunmaktadır. Bu yoruma da, yargılama aşamasında sundukları, Prof. Dr. İbrahim Özden Kaboğlu'nun 13.7.2004 tarihli görüş yazısını, Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz'ın 7. 9. 2004 tarihli hukuki mütalaasını ve Prof. Dr. Mesut Gülmez'in bozma sonrası verilen hukuki mütalaasını dayanak kılmaktadırlar. Bizim de okuyup fazlasıyla istifade ettiğimiz bu görüşlerin ortak ana fikri ve buna ilişkin görüşlerimiz kısaca şudur:

- **“Tüzüğün 2. maddesinin b fıkrasında yer alan “bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur.” ifadesi, Eğitim-Sen’in bir tüzel kişi olarak sahip olduğu ifade özgürlüğünün kullanılmasıdır.**

Düşünce ve ifade özgürlüğü gerek Anayasamızca, gerek AİHS tarafından birey ve birey gruplarına tanınmış olan ve güvence altına alınmış olan temel bir insan hakkıdır. Bir derneğin veya bir sendikanın tüzüğünde yer verdiği görüşler, ifade özgürlüğünün toplu olarak kullanımı anlamına gelir. Öte yandan bireylerin dil öğrenimi ve kültürlerini geliştirme hakkını savunmanın bir eğitim sendikasının tüzüğünde yer almasından daha doğal bir düzenleme olamaz.” (İbrahim Özden Kaboğlu)

Eğer siyasi parti ve sendikanın tüzüğünde yer alan ifadeler, düşünceyi açıklama özgürlüğünün kolektif kullanımı olarak değerlendirilecekse, tüzük ve programların demokratik cumhuriyetin esaslarına aykırı olamayacağına dair yasal ve anayasal düzenlemelerin hiçbir hukuksal değeri yoktur. Kanun koyucu abesle iştigal etmez.

Ayrıca AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına göre: **“Sözleşen devletlerin herhangi birinde ülkenin yetkili mercileri üç koşulun hepsi birden yerine geldiği takdirde ifade özgürlüğünün kullanımına müdahale edebilirler:**

- **Müdahale (yani şekil şartı, koşul, sınırlama veya yaptırım), yasalarda öngörülmüş olmalıdır.**
- **Müdahale aşağıdaki çıkar veya değerlerden birini veya birkaçını korumaya yönelik olmalıdır: Ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti, kamusal güvenliğin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi....**
- **Müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.**

Anayasamızın 51. maddesi, 4688 sayılı Yasa'nın 20 ve 37. maddeleri davalı sendika için yapılan müdahalenin yasal dayanaklarıdır. Bu yasaların koruduğu alan ise Cumhuriyetimizin temel niteliklerine ilişkin Anayasanın 3. ve 46/son cümlesindeki kurallardır. Eğer anadilde öğrenim ulusal bütünlüğün korunması açısından herhangi bir tehlike yaratacak nitelikte değilse, Azınlık Dilleri Çerçeve Sözleşmesi'nin örneğin niçin Fransa tarafından imzalanmadığı sorulmalıdır. Hollanda'nın, niçin eğitim müfredatında ülkesindeki azınlıklar için kabul ettiği haftada iki saatlik anadili öğrenme programını, “azınlıkların ulusal yapıya entegrasyonunu engellediği” gerekçesiyle iptal ettiği sorulmalıdır. Her faaliyet, bir amaç içindir. Yerel mahkemenin kullandığı ifade ile **“Devlet dilinin Türkçe olması demek, Türkiye Cumhuriyeti içindeki bütün resmi işlerin Türkçe görülmesi, bütün resmi belgelerin Türkçe tutulması, bütün resmi yazışmaların Türkçe yapılması demektir. (T.C. Devletinde) dil ayrılığına dayalı bir azınlık statüsü söz konusu değildir.Dolayısıyla farklı lehçe ve dillerin resmi dil dışında özel olarak öğrenilmesi bir farklılık yaratmayacağı gibi öğrenenlerin ayrı bir azınlık statüsünde olmaya-acağı da doğaldır.”**

Uzmanların davadaki somut durumu, lehe bir yoruma esas olmak üzere, “anadili öğrenme” ye tahvil etmeleri ve yerel mahkemenin de bu anlam kaydırmasına sadık kalarak ürettiği gerekçelerdeki bilinçli bulanıklığı yine giderelim:

Farklı lehçe ve dillerin resmi dil dışında özel olarak öğrenilmesini konuşmuyoruz, iç hukukumuzdaki düzenlemelerle bu so-

runu aşmış bulunuyoruz. Biz, ana dilde öğrenim yapma hakkının savunulmasını tartışıyoruz. Kişi anadilini, en temel hakkı olan maddi ve manevi varlığını geliştirme çerçevesinde öğrenir ve resmi dilin kullanımının zorunlu olduğu alanlar dışında bu dili istediği gibi kullanır. Peki kişi anadilde öğrenimi niçin yapar? Bizzat öğrenim kamusal bir faaliyettir ve devletin resmi kurumlarında veya devletin yasalarına tabi özel kurumlarda sürdürülür. Bizzat öğrenim resmi dilin kullanımının zorunlu olduğu kamusal bir alanda yapılır. Ve resmi dilde eğitim almak, ülkenin kamusal alanlarına, aldığı eğitim ve öğrenim doğrultusunda katılacak yurttaşlar için bir hak, resmi dilde eğitim vermek de, yurttaşlarını hiçbir ayırım gözetmeksizin yurttaşlık statüsüyle kendisine bağlamış cumhuriyetin, yurttaşına sunduğu bir hizmettir. Anadilde öğrenim hakkının hayata geçmesi demek, bir devlette sayıyı belirsiz anadilin, kamusal alanda boy gösterecek bireyler aracılığıyla kamusal alana taşınması demektir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, ulusal bütünlüğünü, resmi dili ile perçinleyen bir devlettir ve hukuku, anadiller kapısından girilecek öngörülebilir tehlikeli maceralara girmesine izin vermeyecektir.

Uzmanların anadilin öğrenilmesinden kalkarak yapmış oldukları açıklamaları, **“....sonuç olarak Eğitim-Sen tüzüğü’nün bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur” ifadesi, temel bir hak ve özgürlüğün toplu olarak kullanımı anlamında özgürlükler güvencesi içinde yer almaktadır.”** a bağlamalarını, nedensellik bağı tüm çabalara rağmen kurulamamış açıklamalar demeti olarak görmek durumundayız.

Ve buradan m. 10’da aranan demokratik müdahalenin gerekliliği sonucuna da ulaşıyoruz.

Kaldı ki, bize göre, sendikanın tüzüğünde yer alan bu ifade, düşüncenin kolektif ifadesi biçiminde nitelendirilemez. Dolayısıyla yerel mahkemenin Anayasamızın 3., 42. maddeleri ve 4688 sayılı Yasanın 20. ve 37. maddeleri hükümlerini, yine Anayasamızın 90. maddesiyle birleştirerek ulaştığı, iç hukukumuzun parçası kıldığımız uluslararası sözleşmelerin taşıdığı hükümler, bu davada değerlendirmeye esas alınacak nitelikte hükümler değildir. Çünkü bu sözleşmelerin hiçbiri anadilde öğrenim konusunda açık ve uygulanabilir düzenleme getirmemektedir. Davalı sendikanın “sendika tüzüğü’nün 2/b maddesindeki **“...bireyle-**

rin anadillerinde öğrenim görmelerini ve kültürlerini geliştirmelerini savunur.” ibaresi toplu olarak düşüncenin ifade edilmesinden başka bir şey değildir.” şeklinde bir savunma, dikkate alınamaz. Çünkü, dernek, vakıf, siyasi parti vb. kurumların örgütlenmelerine ilişkin esasları, özel olarak bu konuda oluşturulmuş yasal ve anayasal çerçevenin dışına çıkarıp, genel bir düşünce ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında ele aldığımızda, bu kuruluşların tabi olduğu özel yasaların varlık sebebini ve amacını ortadan kaldırmış oluruz ki, bu, genel hukuk mantığına aykırıdır. Hukuk mantığı ve bu yasalarla kurulması ve korunması amaçlanan hukuk düzeni, böyle bir yorumu reddeder.

Tekrar edelim; davalı sendikanın bu konuda ileri sürdüğü savunmaların ve yerel mahkemenin bu savunmalar doğrultusunda verdiği kararın, davanın konusu ile ilgisi kurulamaz. Sendikanın tüzüğünde yer alan ifade, bireysel bir temel hak olarak öngörülüp düzenlenmiş ve AİHM içtihadına da bu şekilde yansımış olan ifade özgürlüğü çerçevesinde değil, örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu durumda da AİHS m. 11’i doğru okumak gerekiyor. M. 11/2, ***“Bu hakların kullanımına ulusal güvenliğin ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için hukukun öngördüğü ve bir demokratik toplumda gerekli olanlardan başka hiçbir kayıtlama getirilmeyecektir. Bu madde, silahlı kuvvetler, polis örgütü ya da devlet idaresi mensupları tarafından bu hakların kullanılmasına hukuka uygun kayıtlamalar getirilmesini engellemeyecektir.”*** diyor.

Bu bağlamda, davalı sendikanın savunmasına dayanak kıldığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar örnekleri, bu davaya emsal oluşturabilecek nitelikte kararlar değildir. Tartışılmaz bir temel hak olan ifade özgürlüğü çerçevesinde değil, anadilde öğrenimi tüzüğünde kendisine amaç kılmış bir sendikanın, Anayasamız ve yasalarımız karşısındaki hukuksal konumu, örgütlenme özgürlüğünün kapsam alanına ulusal bütünlüğü tehdit eder nitelikte amaç ve eylem planını tüzüğüne yerleştirmiş bir sendikanın girip girmeyeceği çerçevesinde, yargı kararına esas olacak bir tartışma yürütüyoruz.

Anayasanın 51. Maddesi, 4688 sayılı Yasa’nın 20. maddesi-ne esas olacak şekilde sendikal faaliyetin anayasal sınırını be-

lirlemiştir. Buna göre; ***“sendika ve üst kuruluşların tüzükleri, yönetim ve işleyişleri cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.”***

Davalı sendika ve yerel mahkeme 4688 sayılı Yasa’nın 20 maddesinde ***“bu kanuna göre kurulan sendika ve konfederasyonlarının işleyişleri Anayasada belirtilen cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz.”*** ve aynı Kanun’un 37. maddesindeki ***“Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyetlerde bulunan sendika ve konfederasyon kapatılır.”*** hükümlerine dayanarak, ***“sendikaların tüzük hükümleri nedeni ile değil, ancak ve ancak demokratik esaslara aykırı faaliyetleri nedeni ile takibata uğrayabileceği”***ni savunmaktadırlar.

Anayasamızın 11. maddesi ***“Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”*** der. Buradan, 4688 sayılı Yasa’nın, salt faaliyete ilişkin bir düzenleme getirmiş olmasının, Anayasamızın 51. Maddesi/ son cümlesinde yer alan ***“sendikaların tüzükleri.... aykırı olamaz.”*** ifadesini geçersiz kıldığını ileri süremeyeceğimiz gibi, hatta Kanun’un, Anayasanın öngördüğü hususta eksik bir düzenleme yapmış olduğunu düşünmek hukuki bakımdan daha doğru olacaktır. Tüzüğün taşıdığı ifadenin Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırılığı, 4688 sayılı Yasa’nın 20. ve 37. maddelerinde öngörülen düzenlemeye genel çerçeve kazandırır. Dolayısıyla, sendika sadece aykırı faaliyeti nedeniyle değil, anayasa’ya göre, tüzükteki aykırı ifadesi nedeni ile de kapatılabilecektir.

Ve nihayet Anayasamızın 38. Maddesine göre: ***“Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.”***

Yerel mahkeme, anayasayı, yasayı ve vicdani kanaati gözönünde bulundurmayarak, hukuku da uluslar arası sözleşmelerin sözüne indirgeyerek işin içinden kendince çıkmış olabilir ama hukuk ve yargılama, yerel mahkemenin direnme kararında yer alan ***“... mahkememizin anlayışına göre ...BM İnsan hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Paris Şartı, Helsinki Sözleşmesi hükümleri Anayasanın üstündedir.”*** görüşü ile ifade edilemeyecek kadar zorlu ve çetrefil alanlardır. Her ülkenin toplumsal, siyasal, tarihsel ve kültürel özelliklerine uygun olarak kendince tehdit algılaması geliştirdiği ve temel

haklar ve özgürlüklerin tanınıp kullanılmasında bu algılamanın gerektirdiği takdir marjlarının içinde hareket etme yetkisine sahip olduğu bizzat bu ve benzeri uluslar arası sözleşmelerin benimsediği bir ilkedir. Türkiye'nin ulusal bütünlüğünü neyin, nasıl tehdit edeceği konusundaki özgün sebep ve koşullar, Türkiye ölçeğinde değerlendirilebilir. Uluslararası sözleşmeler özel olarak Türkiye'yi koruyan ya da ateşe atan hükümlerle şekillenmiyor. Her bireyin eşit ve geniş ölçekte yararlanma hakkına sahip olduğu temel haklar ve özgürlüklerin ilkesel çerçevesini ve genel korumaya alanını yaratan uluslararası sözleşmeler, son tahlilde o temel hak ve özgürlüğün kullanımının ulusal yasalar çerçevesinde anlam kazanacağını öngördüğü içindir ki, ulusal makamların hak ve özgürlükler karşısındaki tutum ve tavrının yetkisel sınırlarını da çizmiştir. Bu sınırlar oldukça geniş tutulmuştur. Paris Şartını, Helsinki Sözleşmesi'ni, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndan üstün tutan bir hukuk mantığının, Anayasanın 138. maddesindeki kuralı nasıl algıladığı doğrusu merak konusudur.

Davada, davalı sendika lehine yazılı görüş sunan uzmanlardan Prof. Dr. Semih Gemalmaz, *"Bir sendikanın ulusal yetkili makamlarca kapatılması AİHS bakımından meşru mudur?"* sorusunu soruyor ve şu cevabı veriyor: *"Bu soruya cevap verebilmek için AİHM'nin içtihatlarına bakmak gereklidir. İçtihatlara göre örgütlenme özgürlüğü hakkı bireylerin yasadışı faaliyette bulunmak amacıyla bir örgüt kurmalarına cevaz vermez. Esasen böyle bir amaç (AİHS m. 11/2'de yer verilen) demokratik bir toplumda düzensizliğin ve suçun önlenmesi bakımından zaten meşru değildir."*

"Ulusal makamların AİHS'ne göre, meşru olarak kapatabileceği örgütler ancak faaliyetleri dolayısıyla kapatılabilmektedir. Yoksa tüzükleri veya açıklamaları sebebiyle bir örgütün AİHS'ne uygun olarak kapatılabilmesi kural olarak mümkün değildir."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Anayasa Mahkemesi tarafından verilen siyasi parti kapatma kararlarının bazılarını "parti tüzüğünde yer alan ifadeler nedeniyle bir partinin kapatılmasını" AİHS m. 11 gereği, örgütlenme özgürlüğünün ihlali saydığı doğrudur. Ancak bu, Anayasamız ve yasalarımızın siyasi parti, sendika vb. kuruluşların anayasamızda belirlenen

demokratik cumhuriyet ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin nite-liklerini ortadan kaldıracak bir faaliyet içinde olmasına izin vermesi veya göz yummasını gerektirmeyeceği gibi, böyle bir niyet ihsasını hoş görmeyi de gerektirmez. Nitekim AİHM, Refah Partisi'nin kapatılması davasında, "laikliği tehdit eden program ve amacın, eyleme dönüşme dahi, ülkenin demokratik düzeni yönünden ağır bir tehlike oluşturacağı "gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kapatma kararında AİHS m. 10'a aykırılık görmemiştir.

Resmi dil ve bir ülke vatandaşlarının kamusal alanda aynı dili kullanmaları, sadece Türkiye Cumhuriyeti Devletinin değil, bütün merkezi devletlerin üniter yapısı içinde, ulusal bütünlüğünü koruyan vazgeçilmez bir koşuldur. Anadilde öğrenim savunusu ve bunun eğitim kolunda örgütlenmiş bir sendika aracılığıyla yapılması, ulusal bütünlüğü teşvik eden değil, tehdit eden sonuçlar doğurur. Bir kez ana dil kapısı açıldı mı, bir ulus devlet yapısı içinde önce kaç tane ana dilin olduğu, bunlardan hangilerinin kendi dillerinde eğitim hakkını kullanacağı, devletin hangi kritere göre örneğin kaç kişinin kullandığı bir anadilde eğitim programları hazırlayıp alt yapı oluşturacağı, bu anadillerde eğitim alma işinin pratik sonuçlarının neler olacağı, örneğin hangi anadilin anadiller ormanında diğerlerine üstün geleceği ve kendini resmi dil ilan edeceği, bir üniter yapının en fazla kaç farklı resmi dile dayanabileceği, geçinemeyen ve resmi dil olmak konusunda birbirine rakip olan anadillerin savaşından toplumsal bütünlüğün ve giderek toprak bütünlüğünün nasıl etkileneceği gibi sonsuz sorunları beraberinde getirecektir. Cumhuriyet, tam da yerel mahkemenin direnme kararı gerekçesinde savunduğu gibi, anayasal olarak tüm yurttaşlarını birbirine eşit kılmış ve kendisi de tüm yurttaşlarına dil, din, ırk, siyasi görüş, cinsiyet vb. hiçbir ayrım gözetmeksizin eşit mesafede duran bir devlet modeli üzerinde temellenmiştir. Etnik nevrozu önce eylem planı olarak tüzüklerinde, sonra eylem olarak faaliyetlerinde yaratan bir kuruluş, hangi açıdan bakılırsa bakılsın hukuk düzeni ve demokratik toplum açısından tehlike hali arz etmektedir.

Nitekim yerel mahkeme direnme kararı gerekçesinde; **".... tersine sendika kapatılmadığı takdirde toplumda gerginlik azalacak, toplum içindeki karmaşa ve çekişme yerini barışa bırak-**

caktır.” gibi bir cümle kullanmıştır. Bir hukuk devleti, anayasal rejimine aykırı eğilim ve taleplere göz yumarak toplumsal barışı sağlama gibi, dürüst olmayan yöntemlerle vatandaşlarını avutamaz ve kendi varoluş dinamiklerini yok sayamaz. Kaldı ki, bu yöntem de toplumsal barışı sağlamaya elverişli bir yöntem değildir. Davalı mahkeme, kendince, yargıya, anadilde öğrenim ve benzer taleplerle devletin ve cumhuriyetin temel felsefesinin ve ilkelerinin dönüştürülmesine müdahale etmeme ve böylece şiddetin ve kargaşanın önüne geçme gibi bir misyon biçmektedir ki, yine kendi cümleleri ile cevap verelim: ***“Mahkemeler, kuşku ya da gelecekte olabilecek olasılıklara göre hüküm veremezler.”***

Yargı hukuki bir faaliyettir. Bu faaliyetin içinde cereyan edeceği ülkesi ve milletiyle bölünmez bir devlet yoksa, başka hiçbir şeyin varlığından da söz edilemez.

Anayasalar, bireylerin siyasi iktidar karşısında hak ve özgürlüklerinin teminatı olduğu kadar devletin kuruluş ideolojisinin de teminatı niteliğinde hukuk belgeleridir. Bir anayasayı salt hak ve özgürlükler ekseninde okumak eksik, hatta yanlış bir eğilimdir. Birey-toplum- devlet ilişkilerinin kurumsal mekanizmalarını kurmayan ve korumayan bir anayasa işlevsel olamaz. Uluslar arası sözleşmeleri de, bireylerin kendi devletleri karşısındaki konumunu ve uluslar arası toplumun ilişkiler dengesini hukukun evrensel ilkeleri ekseninde kurmaya çalışan hukuk belgeleri olarak okumak doğru olur. Bu sözleşmelerde de bireylere tanınan hak ve özgürlüklere mutlak bir koruma sağlanmadığı, taşıdıkları bazı hükümlerden açıkça anlaşılmaktadır. Buna hukuk ***terminolojisinde “hakkın kötüye kullanılması yasağı”*** denilmektedir ki, bütün hak ve özgürlüklerin ancak doğal sınırları içinde, kullanım amaçları doğrultusunda ve kötüye kullanıma izin verir biçimde yorumlanmadan kullanılabileceği anlamına gelir. Bu kural, çağdaş demokratik hukuk sistemlerinde yaşayan ve faaliyette bulunan bütün kişi ve kurumlar için aynı anlamı taşır. Bağımsız yargısının, hak ve özgürlüklerin korunmasında aktif bir güvence oluşturduğu demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye’de faaliyet gösteren Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası da ancak bu çerçeve içinde ve öngörülen koşulları taşıyorsa hukukun koruması altındadır.

Örneğin BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 30.

maddesi; ***“bu Bildirgenin hiçbir hükmü, içinde yer alan hak ve özgürlüklerin bir devlet, sınıf ya da kişi tarafından yok edilmesini güden bir faaliyete girme, ya da eylemli olarak bunu işlemeye yönelik herhangi bir hak getirir şekilde yorumlanamaz.”*** der.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 17 “Hakların kötüye kullanımı yasağı” başlığı altında benzer bir ifadeyi benimsemiştir: ***“Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir devlete, gruba ya da kişiye Bu sözleşmede düzenlenen herhangi bir hakkı ve özgürlüğü tahrip etmeye, yahut bu sözleşmede öngörülenden daha geniş kapsamlı sınırlamalar getirilmesini amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunmaya ya da eylemi gerçekleştirmeye yönelik herhangi bir hak sağlamaya yönelik olarak yorumlanamaz.”***

Anayasamızın 14. maddesinde de benzer bir hüküm yer alır.

Görülüyor ki, davalı sendikanın savunmalarına dayanak kıldığı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun da da, varlığı ve taşıdıkları hukuki değeri asla tartışma konusu yapmadığı haklar ve özgürlükler ve bunlara ilişkin AİHM içtihadı, bu davada önümüzde duran sorunu çözmamızda bize düşünsel bir dayanak sağlamıyorlar.

Sorunu tekrar ortaya koyduğumuzda; davalı sendikanın tüzüğünde anadili öğrenme hakkı mı yer almaktadır, anadilde öğrenim hakkı mı?

Tüm bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılacağı üzere, davalı sendikanın tüzüğünün amaç kısmına yerleştirdiği ifade “anadilde öğrenim”dir.

Anayasamızın ve ilgili yasaların Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin dilinin Türkçe olduğunu (AY m. 3), Türkçe’den başka hiçbir dilin eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına anadili olarak okutulamayacağı ve öğretilmeyeceği (AY m. 42/son), eğitim ve öğretim hürriyetinin Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmayacağı (AY m. 42/4), Sendika ve üst kuruluşların tüzükleri, yönetim ve işleyişlerinin Cumhuriyetin temel nitelikleri ve demokrasi esaslarına aykırı olamayacağı (AY m. 51/son), sendikal faaliyetlerin Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamayacağını belirten 4688 sayılı kanunun 20. Maddesine aykırılıkları, bireylerin düşünce ve düşüncüyü açıklama özgürlüğü ve örgütlenme özgürlü-

ğünü kalkan kılarak yaptırımsız bırakacak idiysek, bu maddelerin hukuki mevzuatımızdaki varlık sebebi ve değeri nedir?

Davalı sendikanın davayı çekmek istediği minvalden uzaklaşıp, ait olduğu minvalde yapacağımız değerlendirmeler gösteriyor ki;

*Anadilde öğrenim, bunu tüzüğüne yerleştirmiş bir eğitim sendikası açısından bakıldığında, düşünce özgürlüğü çerçevesine sığdırılacak basit bir konu değildir. Nitekim sendika, tüzükteki bu ifadenin değiştirilmesi konusunda yapılan uyarılara verdiği cevaplarla, bu konuda ne kadar kararlı ve bilinçli olduğunu da ortaya koymuştur. Anadilde öğrenimde odaklanan siyasal amaç ve hedefleri görmezden gelmek, cumhuriyetin temel niteliklerini koruma konusundaki anayasal duyarlılığı yaşatacak ve eyleme dönüştürecek Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin anayasal kurumlarını işlevsiz kılmak demektir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, cumhuriyetin temel nitelikleri arasına “resmi dilin Türkçe olması”nı koymakla, diğer bir nitelik olan “ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olma” hedefinin pratik ve vazgeçilemez malzemesini Anayasaya yerleştirmiştir. Aynı konudaki ideolojik tutum ve kararlılığının bir yansımasını 42. maddede de net bir biçimde okuyoruz: “Türkçe’den başka hiçbir dil eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dil olarak okutulamaz.”

Anayasamızın bu kadar kesin bir ifade ile benimsediği bir eğilimi, düşünceyi ifade ve örgütlenme özgürlüğünün şemsiyesi altına sığınarak yok saymak ve üstelik bunu bir eğitim sendikası aracılığı ile yapmak hiçbir demokratik sistemin kaldırabileceği, hoş görebileceği, hukuk düzeni içinde koruma sağlayabileceği bir tutum değildir. Böyle bir tutumun, tüzükte salt ifade olarak yer almış olması ve eyleme dökülmemesini bir savunma olarak ileri sürmek hukuk mantığının dışına çıkmaktır. Bu mantık, derneği, sendikayı, siyasi partiyi vb. kuruluşları tüzüğü ve faaliyetleri bakımından iki ayrı boyutta değerlendirme sonucuna götürür ki, faaliyeti tüzüğünden bağımsız bir kuruluş olabiliyorsa, tüzüksüz bir kuruluş ta olabilir. O zaman bu kuruluşların tüzel kişiliklerinin tescil belgesi olan tüzükleri, bir kuruluş şartı olarak hukuk sisteminin aramaması gerekir.

*Uluslararası alanda, anadilde eğitim veya anadili öğrenme hakkı, azınlık hakları çerçevesinde gündeme getirilmiş bir konudur.

Konuya bu açıdan baktığımızda;

BM Genel Kurulu tarafından 1966'da kabul edilen Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi: ***"Etnik dinsel ya da dilsel azınlıkların bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup kişiler kendi gruplarının diğer üyeleriyle birlikte toplu olarak kendi kültürlerinden yararlanmak, kendi dinlerini açıklamak ve uygulamak yada kendi dillerini kullanmak hakkında mahrum edilemezler."*** kuralını getiriyor.

BM Genel Kurulunun 47/135 sayılı kararıyla 18 Aralık 1992'de kabul edilen Ulusal ya da Etnik, Dinsel ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Haklarına İlişkin Bildirge de aynı konuya değiniyor. Aynı biçimde 1 Şubat 1995'te imzaya açılan Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme'de de anadilde öğrenim konusunda bazı ilkeler yer almakla birlikte, bu sözleşmelerin ortak niteliği, azınlık tanımı ve içerdikleri hükümlerin bağlayıcılığı konusunda fazla bir iddia taşımıyor olmalarıdır. Türkiye'nin imzalamadığı Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme'nin 9. maddesi, azınlık dilinin kullanılması ile ilgili ilkeleri belirlerken resmi dilin kullanımını saklı tutuyor ve azınlık dilinin kamu makamlarıyla ilişkilerde kullanılmasını belirli şartlara bağlıyor.

Çerçeve Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasında taraf devletler ulusal azınlığa mensup her kişinin kendi dilini özel ve kamusal alanlarda sözlü ve yazılı olarak serbestçe ve müdahale edilmeksizin kullanma hakkına sahip olduğunu tanımayı taahhüt ediyor. Sözleşmenin 9. ve 10. madde hükmü dikkatle incelendiğinde görülüyor ki; kendi ülkesinde ulusal azınlıkların varlığını tanımış ve bu sözleşme kapsamında haklarını korumayı taahhüt etmiş devletlerde, azınlıklar dillerini kullanabilirler, ancak resmi dilin kullanımı ile ilgili hükümler saklıdır. Sözleşme m. 14 /1'e göre: ***"Taraflar bir ulusal azınlığa mensup olan her kişinin kendi azınlık dilini öğrenme hakkına sahip olduğunu tanımayı taahhüt ederler."*** Aynı maddenin 3. bendinde ***"Bu maddedeki hüküm resmi dilin öğrenilmesine ya da bu dilde eğitim yapılmasına engel olmayacak şekilde uygulanacaktır."*** ifadesi yer alır. Görülüyor ki, adı üzerinde çerçeve sözleşme olduğu için taraf devletlere uygulama konusunda geniş bir takdir marjı bırakmış olan ve taraf olmadığımız bu sözleşme dahi, anadilde

eğitim yapılmasından değil, anadilin öğrenilmesinden bahsetmektedir ve bunun resmi dilde eğitimi bertaraf edecek nitelikte bir uygulamaya cevaz vermediğini açıkça belirtmektedir. Davalı sendika, tüzüğünde yer alan ibareyi değiştirmemek konusundaki kararlı tutumu ve buna dayanak olarak ta kendi amacı ve söylemini desteklemekten çok uzak olan, ana dili öğrenmeyi bir hak olarak benimsemiş tüm uluslar arası sözleşmeleri seferber ederek hukukten kabul edilemez amacını meşru göstermek için iç hukukumuz ve uluslar arası sözleşmelerin bir temel hak olarak koruma altına aldığı hukukten kabul edilir bir aracı kullanmaya kalkışmaktadır. Özetle, meşru araç, gayri meşru amacı haklılaştırmaya elverişli sayılamaz. Davalı sendika, “anadilde öğrenim” amacıyla, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin kuruluş belgesi olan Lozan Antlaşması’nın tanıdığı azınlıkların öğrenim hakkından bahsediyor olamaz. Lozan’ın hükümleri açıktır ve bu çerçevede azınlıkların kendi dillerinde eğitim ve öğrenim hakları korunmuştur. Davalı sendika, uluslararası sözleşmelerin bile ülkelerin kendi takdirlerine bıraktığı azınlık tanımı ve azınlık hakları konusunda, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin hukukunu yok sayarak, tüzüğünde “anadilde öğrenim hakkını” savunarak aslında bir düşünce zincirinin önceki halkaları net bir biçimde görülen son halkasından, kısa yoldan amaca ulaşmayı deniyor. Tüzüğünde anadilde öğrenim hakkını amaç olarak zikretmiş bir eğitim sendikasının faaliyetine anayasal ve yasal hükümlere rağmen göz yummak, Türkiye Cumhuriyeti’nin varlık sebebi ve koşulu olan tüm ilke ve değerlerin tahribine geçit vermek demektir. Hiçbir hukuk sistemi, kendisi aleyhine ve kendisine rağmen yaratılan gelişmeler karşısında duyarsız ve kayıtsız kalmaz.

“Süre Tutum Dilekçesi” ve “Gerekçeli Temyiz Dilekçesinin” Müdafî ve Vekil Açısından Olağan Kanun Yollarındaki İşlevi

■ Yakup GÜL*

1-Giriş

Ceza yargılamasında kesinleşmemiş kararlara karşı bir başvuru yolu olarak gidilen¹, olağan kanun yollarından temyiz incelemesinde; uygulamada "süre tutum dilekçesi" olarak adlandırılan temyiz dilekçesi ve yine uygulamada "gerekçeli temyiz dilekçesi" olarak adlandırılan temyiz layihasının, müdafî veya vekil (CMK m. 2/1-c, d) açısından ceza yargılamasındaki yerini, işlevini, bağlayıcılığını, 1412 Sayılı CMUK'nu ile 5271 Sayılı CMK'nun karşılaştırmak suretiyle değerlendirip "süre tutum dilekçesi" ile "gerekçeli temyiz dilekçesi"nin müdafî veya vekil tarafından ilgili mahkemeye verilmemesinin uygulamada doğabilecek sıkıntılar üzerinde görüşlerimizi ortaya koyacağız.

Olağan kanun yollarından olan temyiz düzenlemesi; 1412 Sayılı CMUK'nunda 305-326 maddeleri arasında, 5271 Sayılı CMK ile getirilen yeni bir olağan kanun yolu olan istinaf ile yine olağan kanun yollarından temyiz düzenlemesi 5271 Sayılı CMK'nunda 272-285 ve 286-307 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

2-1412 Sayılı CUMK'unun temyiz hükümleri bakımından “süre tutum dilekçesi” ve “gerekçeli temyiz dilekçesi”

5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uy-

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1) Centel/Zafer Ceza Muhakemesi Hukuku s. 588

gulama Şekli Hakkında Kanunun "Temyiz ve karar düzeltme" düzenleyen 8/1 maddesi; Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmi Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı maddeleri uygulanır..." hükmü doğrultusunda², 1412 sayılı eski CMUK'unun temyize ilişkin hükümleri yürürlükte bulunmaktadır.

2.1- "Süre Tutum Dilekçesi" Bakımından

Müddeti içinde verilen temyiz istidası hükmün katileşmesine mani olur (CMUK m. 312/1). "Süre tutum dilekçesi" ile temyiz başvurusu yapıldığında hükmün kesinleşmesini engelleyeceği düzenlemiştir³.

2.2- "Gerekçeli Temyiz Dilekçesi" Bakımından

Mülga CMUK'nun yürürlükte olan hükümlerine göre temyiz layihası, Mülga Kanun, 1936 tadilinden sonra, "temyiz sebepleri"nin yani iddia edilen hukuka aykırılıkların, daha doğrusu temyiz edilen noktalarla bunları temyiz edişin gerekçelerini gösterilmesini şart koşmamaktadır. Fakat isteyen bunları gösterebilir. Temyiz sebeplerinin gösterilmesi ilk temyiz isteğinin yapılması sırasında olmamışsa, daha sonra da mümkündür. Temyiz sebeplerinin gösterilmesi de sözlü veya yazılı olabilir. Sözlü şekil, sanığın müdafî olmaması haline mahsustur. Temyiz sebeplerini gösteren dilekçeye, temyiz davası dilekçesinden ayırdetmek için, "temyiz layihası" adı verilmiştir⁴.

Temyiz layihası (gerekçeli temyiz dilekçesi) verilmesi süre şartına bağlanmıştır. Layiha, en geç, temyiz dilekçesi için belli

2) Her ne kadar Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulduğuna İlişkin Karar 05 Haziran 2007 tarih ve 26543 sayılı Resmî Gazete yayınlanmışsa da şu anda bölge adliye mahkemeleri tam olarak faaliyete ve göreve başlamamıştır.

3) Centel/Zafer Ceza Muhakemesi Hukuku s. 588 – Yurtcan CMUK Şerhi 3. Cilt s. 8 – Bahri Öztürk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku s. 602

4) Kunter/Yenişey/Nuhoğlu Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku s. 1434-1435

sürenin bitmesinden yahut, tebliğ edilmemişse, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde verilecektir (CMUK 314/1)⁵.

Ancak, layihanın verilmemesi veya istida veya beyanda temyiz sebeplerinin gösterilmemesi temyiz tetkikatı yapılmasına mani değildir (CMUK m. 314/2). düzenlemesiyle gerekçeli temyiz dilekçesi verme zorunluluğu kaldırıldığı için, süresinin önemi kalmamıştır.

CMUK'nun 314. maddesinde işaret edilen temyiz layihısından temyiz maksadı anlaşıldığı takdirde, bu layiha yalnız yasal süreden sonra verilmesinden dolayı hükümsüz tutulamaz. Bu nedenle layihada gösterilen bozma sebepleri sanığın aleyhinde olduğu takdirde temyiz incelenmesi aleyhte yapılabilir⁶.

Bununla birlikte Yargılama hukuklarında egemen olan temel ilke yargı organlarının yargılama konusu ile bağlı olmalarıdır. Bu temel ilke ceza yargılamasından da yansımaları bulmuştur. "davasız yargılama olmaz" ilkesi (-CMUK- m.150, 257), bu ilkenin bir sonucudur. Fakat yasa temyiz yolunda bu ilkedan ayrılmış ve temyiz dilekçesi ya da layihasında ileri sürülmüş ya da sürülmemiş olsun, son karara etkili olan bütün aykırılık ve ihlallerin resen gözönünde tutulması ve buna göre karar verilmesini kabul etmiştir⁷. Yargıtay tarafların ileri sürmedikleri noktalarda da inceleme yapması hüküm altına alınmıştır (CMUK m. 320). Bunun sebebi ceza yargılamasının temel ilkelerinden olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesidir.

Tüm bu sebeplerle, tatbikatta, süre geçtikten sonra da temyiz layihasının verilmesi kabul edilmektedir. Elverir ki Yargıtay yargılamayı yaparken, geç verilen layiha dosya içinde bulunsun⁸.

5) Kunter/Yenisay/Nuhoğlu Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku s. 1435

6) YİBK 17.5.1939 1938/25 E. - 1939/45 K. Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası Hukuk Programı

7) Yurtcan CMUK Şerhi 3. Cilt s. 194

8) Kunter/Yenisay/Nuhoğlu Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku s. 1434 - 1435

3- 5271 Sayılı CMK'unun istinaf ve temyiz hükümleri bakımından

3.1-İstinaf yönünden “süre tutum dilekçesi” ve “gerekçeli istinaf dilekçesi”

5271 sayılı CMK, 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak olağan kanun yolları bakımından “İstinaf” kanun yolunu da düzenlemektedir. “istinaf”, esas mahkemesi tarafından verilen hükmü, hem hukuki hem de maddi mesele yönünden inceler⁹.

İstinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt katibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır (CMK m. 273/1). İstinaf istemi ve süresini düzenleyen CMK'nun 273. md'sine göre, İstinaf yoluna başvururken gerekçe gösterme mecburiyeti yoktur. Buradaki istinaf incelemesi istemi, 1412 sayılı CMUK'daki “temyiz dilekçesi” yada uygulamadaki “süre tutum dilekçesi” ile aynı işlevi görmektedir.

Süresi içinde yapılan istinaf başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller(CMK m. 275/1).

Hüküm, istinaf yoluna başvuran Cumhuriyet savcısına veya ilgililere gerekçesiyle birlikte açıklanmamışsa; hükme karşı istinaf yoluna başvurulduğunun mahkemece öğrenilmesinden itibaren gerekçe, yedi gün içinde tebliğ edilir (CMK m. 275/2).

Sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların dilekçe veya beyanında, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi inceleme yapılmasına engel olmaz (CMK m. 273/4). 5271 Sayılı CMK, bölge adliye mahkemelerinde olağan kanun yolu olan "İstinaf incelemesi" yapılması için de, "gerekçeli istinaf dilekçesinin" verilmesini aramamaktadır.

Bununla birlikte 5271 sayılı CMK, mahkemenin gerekçeli kararı ilgili kişiye tebliğ edildiğinde, mahkemenin bu gerekçeli kararına karşı müdafinin veya vekilin belli bir süre içinde veya sü-

9) Kunter/Yenisey/Nuhoğlu Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku s. 1334

re gözetilmeden "gerekçeli istinaf dilekçesi" veya "istinaf layihası"nın verilip verilmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle burada ki durumu, 1412 sayılı CMUK'un temyiz layihasını düzenleyen hükümlerde olduğu gibi "gerekçeli istinaf dilekçesinin" hem hukuki hem de maddi mesele yönünden istinaf yargılamasının yapılmasından önce, dosya içinde bulunmasının yeterli ve önemli olduğunu vurgulamak isteriz.

5271 sayılı CMK'nun "gerekçeli istinaf dilekçesinin" verilip verilmemesini düzenlememesi, istinaf mahkemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması doğrultusunda, ilk mahkemenin vermiş olduğu kararı, hem hukuki hem de maddi mesele yönünden inceleyeceği ve son karara etkili olan bütün aykırılık ve ihlallerin ressen gözönünde tutacağını göstermektedir. Ancak "gerekçeli istinaf dilekçesi" verilmesinin ilk mahkemenin son kararının hangi hususlarda hatalı olduğunun belirtilmesi istinaf yargılaması sırasında aydınlatıcı ve yol gösterici bir zorunluluk olduğunu unutmamak gerekir.

3.2-Temyiz yönünden "süre tutum dilekçesi" ve "gerekçeli temyiz dilekçesi"

Uygulamadaki "süre tutum dilekçesi" 5271 sayılı CMK'da da düzenlenmiştir. "Temyiz istemi", hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye "bir dilekçe" verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylatılır (CMK m. 291/1). Süresi içinde yapılan temyiz başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller (CMK m. 293/1).

"Gerekçeli temyiz dilekçesi" açısından ise 5271 sayılı CMK, 1412 sayılı CMUK'dan ayrılıp farklı bir düzenleme getirerek, "gerekçeli temyiz dilekçesini" zorunlu hale getirmiştir.

5271 sayılı CMK ile getirilen istinaf yoluyla davanın hem maddi ve hem de hukuksal yönünün bölge adliye mahkemesinde tartışılıp karara bağlanacağı kabul edildiğinden Yargıtay temyizde yalnız hukuka aykırılık yönünden denetim yapacaktır. Bu nedenle taraflar, hükmün hukuksal yönüyle sınırlı olarak bozma nedenlerini temyiz dilekçesinde göstermek zorundadır (CMK m. 294).

Başvuranın görüşlerinin kabul ettirilebilmesi için, temyiz başvurusunda “hükmün neden dolayı bozulmasının istendiğinin” gösterilmesi “zorunlu” hale getirilmiştir (CMK 294). Temyiz başvurusunda gösterilmemişse, sonradan bir tek dilekçe ile bu nedenlerin bildirilmesi mecburidir (CMK 295/1). Temyiz “dilekçesinin” (başvuru denilmemiş) “temyiz sebeplerini” (“temyiz nedeni” CMK 295/1 denilmemiş) içermediği, Yargıtay tarafından saptanırsa (CMK 298), Yargıtay temyiz istemini reddeder. Temyiz gerekçesini içeren layihanın verilmemesi, hükmü veren bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan ön incelemede ret sebepleri arasında sayılmamıştır (CMK 296/1). Buradan çıkan sonuç, temyiz gerekçesinin Yargıtayda'ki incelemeye kadar verilebileceğidir. (CMK 295/1'deki süre zımni olarak uzatılmıştır)¹⁰.

Ancak biz temyiz gerekçesinin Yargıtayda'ki incelemeye kadar verilebileceği görüşüne katılmıyoruz. Çünkü, temyiz başvurusunda temyiz nedenleri gösterilmemişse temyiz başvurusu için belirlenen sürenin bitmesinden veya gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde hükmü temyiz olunan bölge adliye mahkemesine bu nedenleri içeren bir ek dilekçe verilir (CMK m. 295/1) açık düzenlemesi ve temyiz incelemesi sırasında Yargıtay, süresi içinde temyiz başvurusunda bulunulmadığını, hükmün temyiz edilemez olduğunu, temyiz edenin buna hakkı olmadığını ya da temyiz dilekçesinin temyiz sebeplerini içermediğini saptarsa, temyiz istemini reddeder (CMK m. 298). nede-niyle temyiz incelemesi istemini reddedeceği açıktır.

5271 sayılı CMK, 1412 sayılı CMUK m. 320 düzenlenen “Yargıtay tarafların ileri sürmedikleri noktalarda da inceleme yapması”nı hüküm altına almayarak ve Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar (CMK m. 301) hükmü ile Yargıtay'ın kendiliğinden inceleme görevine son vermiştir. Dolayısıyla temyiz incelemesinde “gerekçeli temyiz dilekçesinin” verilmesi daha da önem kazanmıştır.

10) Kunter/Yenisey/Nuhoğlu Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku s. 1334

4- Sonuç

5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun "Temyiz ve karar düzeltme" düzenleyen 8/1 maddesi ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi gereğince, bölge adliye mahkemelerinin kurulması ve tam olarak göreve başlaması Resmi Gazetede ilân edilinceye kadar, eski 1412 sayılı CMUK'nun temyize ilişkin hükümleri yürürlükte olacaktır. Şu aşamada yalnızca temyiz dilekçesinin "süre tutum dilekçesinin" verilmesi, temyiz incelemesi yapılması için yeterli olacaktır.

Ancak 5271 sayılı CMK'nun istinaf ve temyize ilişkin hükümleri yürürlüğe girdiğinde, gerekçeli temyiz dilekçesinin verilmemesinin temyiz isteminin reddi olarak kabul edildiği bir sistemde temyiz incelemesi yapılabilmesi için, sadece süre tutum dilekçesinin verilmesi yeterli olmayacağı gibi, tarafları hak kaybına da uğratacağı açıktır.

Gerek maddi ve hukuki inceleme yapılacak istinaf yargılamasında, gerekse hukuki inceleme yapılacak temyiz yargılamasında; olağan kanun yolu yargılamasını yapacak hakimleri ikna edebilmek için ilk derece mahkemesi veya istinaf mahkemesi kararlarının hangi bakımdan hatalı olduğunu, hangi bakımdan hukuka aykırı olduğunu açıkça göstermek, hele hele 5271 sayılı CMK'da Yargıtay'ın kendiliğinden inceleme görevinin düzenlenmediğini de dikkate aldığımızda, hem müdafî ve vekilin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi açısından hem ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçeğin araştırılarak ortaya çıkarılmasında hem de AİHS'nce güvence altına alınmış hakların ihlali halinde davanın AİHM'ne taşınmasında başvuru hakkını ortadan kaldıran bir eksiklik nedeni olmaması için "gerekçeli istinaf dilekçesinin veya gerekçeli temyiz dilekçesinin" hazırlayarak süresi içinde ilgili mahkemeye vermenin, 5271 sayılı CMK'daki yukarıda açıklamaya çalıştığımız düzenlemeler karşısında bir zorunluluk olarak ortaya çıktığını kabul etmemiz gerekir.

ÇALIŞMA PLANI

1- Giriş

2- 1412 Sayılı CMUK'unun temyiz hükümleri bakımından “süre tutum dilekçesi” ve “gerekçeli temyiz dilekçesi”

2.1- "Süre Tutum Dilekçesi" Bakımından

2.2- "Gerekçeli Temyiz Dilekçesi" Bakımından

3- 5271 Sayılı CMK'unun istinaf ve temyiz hükümleri bakımından

3.1- İstinaf yönünden “süre tutum dilekçesi” ve “gerekçeli istinaf dilekçesi”

3.2- Temyiz yönünden “süre tutum dilekçesi” ve “gerekçeli temyiz dilekçesi”

4-Sonuç

YARARLANILAN KAYNAKLAR

KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe Muhakeme Hukuku Dalı Olarak

Ceza Muhakemesi Hukuku Ondördüncü baskı Mart 2006

YURTCAN Erdener CMUK Şerhi 3. Cilt 2. Baskı 1995

CENTEL Nur / ZAFER Hamide Ceza Muhakemesi Hukuku 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3. Baskı Aralık 2005

ÖZTÜRK Bahri Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku 1994 Ankara Kazancı Bilişim – İtihat Bilgi Bankası Hukuk Programı

KISALTMALAR

CMUK: Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunu

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

m.: Madde

s.: Sayfa

YİBK: Yargıtay İtihatları Birleştirme Kararı

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

K.: Karar

E.: Esas

Hukuk Yargılamasında Avukatın Rolü*

■ Semih GÜNER**

I- SAVUNMA HAKKI VE AVUKATLIK

- 1 - HAK OLARAK SAVUNMA
- 2 - SAVUNMA HAKKININ NİTELİĞİ
- 3 - SAVUNMA HAKKI VE AVUKATLIK

II- AVUKATLIK VE KAMU HİZMETİ

III- HUKUK YARGILAMASINDA AVUKAT

- 1 - HUKUK YARGILAMASI
- 2 - HUKUK YARGILAMASINDA TARAFLAR
- 3 - HUKUK YARGILAMASINDA AVUKAT
- 4 - HMK TASARISINDA AVUKAT

IV- HUKUK YARGILAMASINDA AVUKATIN HAK VE YETKİLERİ

- 1 - TEKEL HAKKI
- 2 - İŞİ RED HAKKI
- 3 - ÇEKİLME HAKKI
- 4 - TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI
- 5 - DOSYA İNCELEME
- 6 - ÖRNEK ALABİLME HAKKI
- 7 - ÖRNEK KULLANABİLME HAKKI
- 8 - TEBLİGAT YAPABİLME HAKKI
- 9 - DURUŞMAYI TERK HAKKI
- 10 - UZLAŞMA İSTEME HAKKI
- 11 - ÜCRET İSTEME HAKKI

V- SONUÇ

(*) İzmir Barosu Avukatlar Haftası Etkinliğinde 09.04.2008 günü sunulan tebliğdir.

(**) Avukat, Ankara Barosu Üyesi

I – SAVUNMA HAKKI VE AVUKATLIK

1 - HAK OLARAK SAVUNMA

Günümüz hukuk metinlerine hak olarak geçen ve korunan savunma, tüm canlılarda doğuştan var olan içgüdüsel bir davranış biçimidir. Önceleri, doğaya karşı sürdürülen bu uğraş, zamanla vahşi hayvanlara ve daha sonraki aşamalarda etrafındaki insanlara ve egemen güçlere karşı süregelmiştir.

İnsanların başlangıçta yaşamak ve soylarını devam ettirmek amacıyla verdikleri bu uğraş, zamanla düşüncelerini ve egemenliklerini başkalarına kabul ettirmek olgusu eklenmiş, daha sonra bu düşüncenin yarattığı olumsuzlukları ortadan kaldırmak için çareler aranmaya başlanmış ve günümüzdeki anlayışa ulaşılmıştır.

İnsanların birlikte yaşamaya başlamalarıyla ortaya çıkan kavgaya ve çatışma ortamının sona ermesi, toplumsal ilişkilerin belirli hukuk normlarıyla düzen içinde sürdürülebilmesi, çağdaş toplumun en belirgin özelliğidir. İlkel toplum anlayışından günümüz uygar toplum yaşamına geçiş, binlerce yıla dayalı bir süreç olup, bu süreçte düşünsel yapıya sahip insanoğlu, her dönemde daha iyiye ve gelişmeye dönük bir arayış içinde olmuş ve her dönemde farklı bir hukuk anlayışını yaşama geçirmiştir. Ülkelere ve hatta ülkelerin belli dönemlerinde insana verilen değere göre değişen haklar doğrultusunda savunma olgusu, hukukun ayrılmaz bir parçası olmuştur.

Hakkın sınırları, objektif hukukça belirtilmiş bir şeyi yapma veya yapmamayı isteyebilme yetkisiyle çizilmekte¹, içeriğinde başkalarının saygı duymasını isteme ve korunma kavramları da yer almaktadır².

Saygı duyulmasını isteme ve korunma, genelde savunma hakkı ile eş anlamda kullanılmaktadır. Savunma hakkı boyutlu bir yapıya sahiptir. Hem aktif hem de pasif yönleri vardır.

Hak olarak adlandırılanı kullanma, sahip olunan bir hakka yapılan saldırıyı önleme, karşı koyma ve savuşturma, yetkinin aktif yönünü oluşturmaktadır. Bireyin hakkını araması, hak sahibi olma nedeniyle tanınan yetkileri kullanmasıdır. Buna “*geniş anlamda savunma*” da denilmektedir. İçinde iddia ve isnatta bulun-

1) Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1999, sh. 44

2) A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara 2005, sh. 165

mak, iddia ve isnadı karşılamak hakkı yer almaktadır.

Kendini koruma ise, savunma hakkının pasif yönü olarak kabul edilir. “Dar anlamda savunma hakkı” olarak da adlandırılan bu kavramın içine, isnadı karşılamak, isnada cevap verme hakkı girmektedir³. Benzer bir anlatımla savunma hakkı, “Yargılama makamları önünde ve belli bir amaçla, bir suçlamadan kurtulmak için kullanılan söz ve düşünce özgürlüğü” olarak da tanımlanmaktadır⁴.

Bu açıklamalardan hareketle savunmayı, bir kişiyi, durumu, düşünceyi ya da tutumu haklı göstermeyi amaçlayan çaba olarak kabul edebiliriz⁵. Savunma, yazılı veya sözlü yapılabilir. Önemli olan bir hakkın veya haklılığın dile getirilmesi ve toplum önünde savunulabilmesidir. Ayrıca bir kimseyi, eylem ya da düşünceyi, doğru ve haklı göstermek, o doğrultuda çalışmak, onun yanında yer almak da savunma kapsamı içinde yer alır.

Hak arama, insan tabiatının duraksamadan ve kendiliğinden her ilişkide ortaya koyduğu dinamik bir eylemdir⁶. İnsan, yapısında var olan bu içgüdüsel davranışı, aklını da ekleyerek geliştirmiş, değiştirmiş ve tarihsel süreç içinde farklı görünümlele günümüze getirmiştir. Günümüzde hakkın ve haklılığın saptanması, yöntemine uygun bir biçimde yürürlüğe sokulan ve genelde yazılı olan, devlet dahil herkesi bağlayan kurallara bırakılmıştır.

Bu kurallara göre günümüzde savunma, fiziksel olmaktan öte, daha çok mantık, konuşma, ikna yolu ile uygulanan bir metot haline gelmiştir. Bireysellikten çıkıp, bireysellikten uzak bir ortamda gelişmeye başlamıştır. Fertlerin kendi düşüncelerine göre uygulamalara gitmelerinden çok binlerce kuraldan oluşan bir sistem savunmanın esası haline gelmiştir⁷. Bu haliyle savunma, yapıcı, yaratıcı ve kurucu bir etkinlik olup, sağlam bilgi, geniş kültür veengin tecrübe isteyen bir faaliyet olmaktadır⁸.

2 - SAVUNMA HAKKININ NİTELİĞİ

Çağdaş insan hakları anlayışı içinde yer alan savunma hak-

3) Zeki Hafızoğulları, *Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı*, ABD, Y. 1994, S. 1, sh. 20

4) Nur Başar Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul 1984, sh.11

5) Anıl Çeçen, *Savunmanın Çağdaş Anlamı*, TBBD, Y. 1988, S. 1, sh. 4

6) Teoman Evren, *Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma*, TBBD, Y. 1988, S.1, sh.6

7) Oya Akgönenç, *Savunmanın Tarihi Gelişmesi Üzerine Düşünceler*, TBBD, Y. 1988, S. 1, sh. 19

8) Abdullah Pulat Gözübüyük, *Avukatlık Hakkında*, Adalet Dergisi, Y. 1962, sh. 3

kı, doğal hukuk temelinde⁹ evrensellik fikrine dayanır. Bu haklar, ulusal yasaların yanı sıra uluslararası sözleşmelerle ve metinlerle güvence altına alınmak istenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile yaşama geçen “Adil yargılanma hakkı” bu konuda gelinen en son noktadır¹⁰.

Bu yönüyle savunma hakkı, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikli bir temel haktır. Bu hak, yasa ile dahi olsa demokratik toplum düzeninin gereklerine¹¹ aykırı biçimde sınırlandırılmaz. Devlet dahil herkese karşı ile-

9) İnsan, siyasal konumundan bağımsız olarak, ırkı, cinsiyeti, dini, dili ve kanaati ne olursa olsun, her yerde özdeştir ve bütün insanlar aynı onur temelinde eşittirler (XVII ve XVIII. Yüzyılda gelişen doğal hukuk okulu tarafından öne sürülen görüşler).

10) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6:

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasa ile kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir, ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde duruşmalar, dava süresince tamamen veya kısmen başına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir.

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı taktirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak” (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ek Protokoller-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü, İzmir Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayını, İzmir 2001, sh. 1)

11) “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünü çağdaş hürriyetçi demokrasilerin genel ve evrensel nitelikleri olarak anlamak gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin 26.11.1986 günlü, E. 985/8, K. 986/27 sayılı kararında “Anayasamız özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılmasını sağlayacak önlemler alınmasını Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle, özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir... Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup, tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılmaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir (AMKD., S. 22, sh. 365).

ri sürülebilien bir mutlak haktır. Doğal hak niteliğindeki bu hak, zamanaşımına tabi olmayan, suçlamanın veya yargılamanın her aşamasında kullanılabilen (CMY madde 149) bir haktır. Savunmaya yer vermeyene mahkeme, savunmasız verilene karar, savunmasız karar verene de yargıç denemez¹².

3 - SAVUNMA HAKKI ve AVUKATLIK

Bireyin kendini savunması insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Bireyin kendini savunmasında bir başkasının yardımını istemesi veya bir başkasının bu konuda görev üstlenmesi de çok eski olmakla beraber daha sonraki aşamayı yansıtır. Ünlü baro başkanı Payen, “İnsanlar arasındaki uyuşmazlıkların yumrukla çözümlenemediği günden beri avukatlık vardır” görüşündedir¹³.

Tarihsel süreç içinde bireyin savunulmasında kişiye olan bağımlılığın azaldığını ve hatta koptuğunu görüyoruz. Önceleri, herhangi bir olay karşısında olaya muhatap olan kişinin bizzat kendisi tarafından yapılan savunma, zaman içinde ikinci hatta üçüncü kişilerce yürütülmeye başlanmıştır. Yakın akrabaların yardımı olarak başlayan uygulamada, bir süre sonra akraba olmayanlar görev almaya başlamış, onursal anlamda yapılan yardım, para alınarak yapılmaya yönelmiş ve daha sonra ücret almadan yardım yapılmaması kuralı gelmiştir. Bir süreden beri, bu işi meslek edinen ve savunma konularının uzmanı kabul edilen kişilerce yani, avukatlarca yapılmaktadır¹⁴.

II – AVUKATLIK VE KAMU HİZMETİ

Günümüzde avukatlar¹⁵, bir yandan bireyin hukuksal sorununun çözümünde görev almakta, onu savunmakta, bireysel anlamdaki bu görevlerinin yanı sıra diğer yandan da yargının kurucu ögesi olarak bağımsız savunma makamının temsilcileri

12) Faruk Erem, *Ceza Usul Hukuku*, sh. 148

13) Fernand Payen, *Baro, Sanat ve Vazife*, İstanbul 1935, sh. 15

14) Semih Güner, *Avukatlığın Tanımı*, Çanakkale Barosu Dergisi, Y. 4, S. 7- 8, sh. 4

15) Ülkemizde önce muhami sonra avukat olarak anılan savunma mesleğinin mensupları, bazı Arap ülkelerinde “Vekil”, Belçika’da “Avocat”, “Advocaat” ve “Rechtsanwalt”, Danimarka, Norveç ve İsveç’te “Advokat”, Finlandiya’da “Asianajaja” İzlanda’da “Lögmur”, Fransa’da “Avocat”, İngiltere, İskoçya ve İrlanda’da “Solicitor” ve “Barrister”, İtalya’da “Avvocato”, Lüksemburg’da “Avocat”, Hollanda’da “Advocaat”, Portekiz’de “Advogado”, İspanya’da “Abogado, Advocat, Advogado ve Abokatu”, Almanya’da “Rechtsanwalt” ve Yunanistan’da “Dikigoros” olarak anılmaktadır (Avukatların, bu mesleki niteliklerini kazandıkları ülkeden başka bir üye devlette, daimi olarak mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak için Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyinin 98/5 EC sayılı ve 16 Şubat 1998 tarihli direktifi. (ABD, Y. 2002, S. 4, sh. 91-).

olarak ülkede hukuk kurallarının “herkese”, “eşit”, “adil” ve “etkin” bir şekilde uygulanmasını gerçekleştirmekle, bu düşüncenin toplumun her kesimindeki insanda yer etmesini sağlamakla çok önemli bir kamu hizmeti yapmaktadırlar (Av. Y. madde 1).

Avukatların üstlendikleri bu görev binlerce yıllık bir birikimin sonucudur. Onursal anlamda yapılan mesleğin ücret karşılığı yapılır hale gelmesi Romalılara dayanır. Uzun süre “lonca” anlayışı ile sürdürülen meslek, Fransız İhtilali ile farklı bir anlam kazanmıştır. 1791 yılında çıkarılan D’allerde Yasası ve bunu teyit eden Le Chapelier Yasası ile avukatlık mesleğinde önemli değişimler olmuştur. 18. yüzyılda lonca niteliğinden kurtulmuş bağımsız, kendi meslek örgütünü kendisi kuran, disiplin kurullarıyla kural ihlali yapanları cezalandıran bir meslek haline gelmiştir¹⁶. Evrensel nitelikli Havana Kurallarında yer aldığı gibi, “herkes haklarının varlığını tespit ettirmek ve korumak ve ceza muhakemesinin her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahip” bulunmaktadır¹⁷.

İnsanlar değişik nedenlerle kendini savunurken bir başkasının yardımını isteyebilirler. Bunlardan biri savunma, karmaşık bir yapıya sahiptir. İçinde pek çok kavram vardır. Olayı kavramak, onu hukuk diline çevirmek, yürürlükteki hukuk kuralları içinden olaya uygun kuralı bulmak, yazmak, sözle anlatmak, istemde bulunmak, gerekli itirazları yapmak bu kapsamda yapılması gerekenlerin en basit şeklidir. Bireyin bunları yapması, birey ne denli yetenekli ve birikimli olursa olsun oldukça zordur. Bu oldukça karmaşık ve teknik bilgiyi gerektiren yapı içinde bireyin hak kaybı kaçınılmaz hale gelir. İşte bu nedenle onu, bu işlerin uzmanı sayılan bir avukatın savunmasına gerek vardır¹⁸.

İkinci olarak, kendini savunma durumunda kalan birey, yapı olarak duygusaldır ve bireycidir. Bu, onun gerçekleri görmesini

16) Haluk İnanıcı, *Avukatlık Etiği ve Meslek Kuralları*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C. 4, sh. 283

17) *Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler –Havana Kuralları-*, Avukatlık Mevzuatı, Ankara 2002, sh. 521

18) “İnsan; Avukatı, tutacağı herhangi bir işin istikbalini gösteren ışığı, düştüğü her hangi bir felaketin kurtarıcısı, bir hayatı karanlık görmekten doğan ümitsizlik buhranlarının gidericisi; yaralanan yüreğinin dermanı, kırılan izzeti nefsinin tamircisi, tehlikede gördüğü hayatının koruyucusu tanır.” (Refik İnce, *Avukat*, İzmir Barosu Dergisi, Y. 1935, S. 2, sh. 19)

engeller. Birey, kendini savunurken hep kendini haklı görür, karşı yanın iddia veya savunmasını doğal olarak bu tepki ile dinler ve çoğu kez de anlayamaz veya boyutlandıramaz. Bireyin buradaki çabası derinlikten yoksundur. Ayrıca yargıcın karşısına çıkınca heyecanlanır ve belki de savunmasını yapamaz¹⁹. Bunun sonucunda yargılayacak olan makamın önünde kendini yeterince savunamamış duruma düşer. Bu nedenle, görevini bireyin dışında, bireyin sorunuyla özdeşleşmemiş, bireyi ve karşı yanı ayrı ayrı dinleyen ve değerlendiren, bu işin uzmanı sayılan bir avukatın yardımı kaçınılmazdır.

Bir başka neden, kendini savunma durumunda olan birey, somut olayı ne kadar yansız ve boyutlu değerlendirebilirse değerlendirebilirsin, somut olaya uygulanacak hukuk kuralını bilmesi çok zordur. Bir gecede hiç ilgisiz bir yasa kuralının peşine sıkıştırılarak bir temel yasa kuralının değiştirilmesi olgusu ülkemizde sıkça görülen bir uygulama haline gelmiş bulunmaktadır. Bu ortamda hukuk kurallarının uygulanmasını kendine meslek olarak seçmiş bir kişi değilseniz bu değişiklikleri bilme şansınız hiç yok demektir. Bu durumda hukuki hata yapma olasılığı üst düzeye çıkacağı için avukata gereksinim vardır.

Ayrıca, yargıçların çabuk ve sağlıklı yargılama yapabilmeleri için önlerine gelen olayın olabildiğince arındırılmış, hukukla ilgili kısımlarının öne çıkarılmış, hukuksal dayanaklarının oturtulmuş olması gerekir. Bunu, kendini savunan tarafın yapması olanaksızdır. Avukat, mesleği gereği bunu yapar. Yargının daha çabuk karar vermesini sağlamanın yanı sıra daha az önemli olanlar arasından önemliyi ayırarak hata yapmasını da önler.

İşte bu ve buna benzer nedenlerle yargıçlar ve ilgili kişiler önünde bireyin haklarını savunan ve koruyan, ona hukuksal yardım sunan avukatlara gerek bulunmaktadır²⁰. Bireyin bu hakkı

19) Eflatun, *Sokrates'in Savunması*, Remzi Kitapevi, İstanbul 1992,

20) "Bunun için yargıçlarla davacılar arasında, hüküm isteyenlerin (tarafının) menfaatlerini savunmayı ve aynı zamanda doğruluğu ve nezaketi kendilerine meslek edinmiş bir takım mutasavvıtların bulundurulmasından başka çare görülmemiştir" (Payen, *age.*, sh. 16) Hakimlerle iş sahipleri arasında adalet yardımcılarının bulunması her şeyden evvel bir ihtiyat tedbiridir. İnsan denilen mahluk, oldum olası, hakkına razı olmayan, her şeyi kendi yutmak, zayıf gördüğünü ezmek isteyen bir muammadır. Kavga baş gösterdi mi, hakkı kendinde görür, başka bir ifade ile, menfaatini hakkı ile, hakkını da asıl (hak) ile karıştırır. Kini, menfaati, ihtirası şahlanır. Ayrıca böylece menfaatini karıştırınca artık kafasında hak ve insaf düşüncelerinin yeri kalmaz. Sonra, hakimler her şeyi bilmezler, onlar da insandır. Şu halde kanunları bilen, hukuk yardımını kendilerine mahsus meslek yapan, hakimleri aydınlatan bitaraf, ahlaklı ve bilgili bir müessese bulundurmak daha doğru olmaz mı?" (Ali Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı*, İstanbul 1940, sh. 6)

uluslararası metinlerle de koruma altına alınmış bir haktır. Havana Kuralları olarak bilinen Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler'in Avukata ve Adli Hizmetlere Yardım başlıklı bölümün ilk dört maddesinde bu hak kapsamlı olarak ele alınmaktadır²¹.

Yürürlükteki hukuk kurallarımıza göre, savunma hakkının kullanılabilmesi için avukatın yardımı şart değildir. Anayasanın 36. maddesinde yer aldığı gibi "Herkes, meşru vasıta ve yollarla faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir". Bu Anayasa kuralına göre herkes, bizzat yargı mercilerine başvurarak dava açabilir, takip yapabilir, aleyhine dava açılan ve takip yapılan da kendini savunabilir.

Bu kural, Avukatlık Yasasının 35. maddesinde de anlatım bulmaktadır. "Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir." Görüldüğü gibi hakkını aramak veya savunma yapmak durumunda kalanların medeni hakları kullanma yeteneğine sahip olması durumunda "hakkını bizzat kullanmasını engelleyen bir durum bulunmamaktadır (Davaya vekalet ehliyeti)"²².

Ancak birey, hukuksal sorununun çözümünde veya hakkının aranmasında bir başkasının yardımını istiyorsa veya açılmış bir davada kendini temsil ettirmeyi düşünüyorsa başvurmak zorunda olduğu, kendisinden hukuksal yardım isteyebileceği kişinin baro levhasına kayıtlı ve işten yasaklanmamış bir avukat olması gerekmektedir²³ (Av.K. madde 35 ve 63).

21) 1- Herkes hakların varlığını tespit ettirmek, korumak ve ceza muhakemesinin her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir,

2- Hükümetler, ırk, renk, etnik köken, cinsiyet, dil, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, doğum, ekonomik veya başka bir statüye dayanan bir ayrımcılıkla hiç bir ayırım yapmaksızın, egemenlik yetkisine tabi olan ve eşit olarak ulaşma hakkını sağlayan etkin usulleri ve ihtiyaçlarına karşılık verebilecek mekanizmalar kurar.

3- Hükümetler, yoksullara ve gerektiği takdirde mahrumiyet içinde bulunan diğer kimselere adli hizmet verilmesi için yeterli mali imkanlar ve başka kaynaklar sağlar. Avukatların meslek örgütleri bu hizmetlerin, imkanların ve kaynakların organize edilmesinde sunumasında işbirliği yapar.

4- Hükümetler ve avukatların meslek örgütleri, kişilerin hukuka göre sahip oldukları haklar ve ödevler ile temel özgürlüklerin korunmasında avukatların rolü konusunda halkı bilgilendirmek için programlar yaparlar. Yoksul ve mahrumiyet içindeki diğer kimselere yardım ederken, onların haklarını arayabilecekleri ve gerektiği takdirde avukatın yardımını isteyebilecekleri bir konuma ulaşmaları için özel dikkat gösterir."

22) Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü (HMu)**, Cilt 1, Beşinci baskı, İstanbul 1990, sh.797

23) Ayrık durumlar için bkz. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Ankara 2007, 3. Bölüm Tekel Hakkının Ayrık Durumları, sh. 126 vd., Kuru, a.g.e. sh.802 vd.

III - HUKUK YARGILAMASINDA AVUKAT

1 – HUKUK YARGILAMASI

“Hukuk yargılaması”nın diğer bir anlatımla “medeni yargı”nın konusu, hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetlerdir. Yargılama ilişkilerini düzenleyen kaideler bütünü olarak da ifade edilmektedir . Kendi içinde “çekişmeli yargı”, “çekişmesiz yargı” adlarıyla iki ayrı dala ayrılan hukuk yargılaması, özel hukuk alanına giren yargısal faaliyetleri konu edinmiştir. Çekişmeli yargı; özel hukuk alanından doğan ve mahkemelere intikal eden ihtilafların (davaların) hangi mahkemeler tarafından ve hangi usullere göre incelenip karara bağlanacağını düzenleyen hukuk (yargı) koludur²⁵. Hukuk yargılaması, 4.10.1927 tarihinde yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir.

Tüm mahkemeler gibi hukuk mahkemeleri de kanunla düzenlenmektedir (Anayasa madde 136/1). 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun” ile ilk derece adli yargı mahkemeleri arasında yer alan hukuk mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur(madde 5).

Hukuk mahkemeleri genel ve özel mahkemeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel mahkemeler, belirli kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara veya belli çeşit uyuşmazlıklara bakmak için yasa hükmü ile kurulan mahkemelerdir. Genel mahkemeler ise uyuşmazlığın özel mahkemede bakılacağına yönelik bir düzenleme olmaması halinde her türlü hukuki uyuşmazlıklara bakan mahkemelerdir. Sulh Hukuk ve asliye hukuk olarak iki türü bulunmaktadır.

2 – HUKUK YARGILAMASINDA TARAFLAR

Herkesin meşru araç ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkını düzenleyen Anayasanın 36. maddesinin ışığı altında dava; bir başkası tarafından (davalı) hakkı ihlal edilen veya tehlikeye so-

24) Necip Bilge, *Medeni Yargılama Hukuku*, ikinci baskı, Ankara 1967, sh. 9

25) Baki Kuru, Ramazan Aslan, Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2007, sh. 72

kulan yahut kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin (davacının), mahkemeden hukuki koruma istemesi olarak tanımlanmaktadır²⁶. 7.12.1964 tarihli 3/5 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında yer aldığı gibi dava, “mahkemeden verilecek bir hükümle, bir iddia üzerinde hukuki korumanın sağlanması dileğidir”²⁷. Bu bağlamda mahkemeden hukuki yardım isteyen “davacı”, aleyhine dava açılan kimseye de “davalı” adı verilmektedir.

Çekişmeli hukuk yargılamasında biri davacı diğeri ise davalı olarak iki taraf vardır. Hukuk davası iki taraf sistemine göre kurulmuştur. Hukuk mahkemesi, iki taraf arasındaki uyuşmazlığa (davaya) ancak davacının dava açması ile el koyar. Davacının talebi olmadan mahkemenin kendiliğinden bir davaya bakması yasaktır (HUMK md.72).

Taraf ehliyeti olarak açıklanan kimlerin davada taraf olabileceği konusu Medeni Kanuna göre belirlenmektedir (MK md.8). Medeni haklardan yararlanma ehliyeti (hak ehliyeti) olan herkes HUMK md.38’e göre davaya taraf olma ehliyetine de (dava ehliyeti)²⁸ sahip olmaktadır. Dava ehliyeti dava şartlarından olduğu için yasa mahkemeyi kendiliğinden dava ehliyeti olup olmadığını araştırmakla yükümlü tutmaktadır. Taraf ehliyeti aynı zamanda usul işleminin geçerlilik koşuludur²⁹. Bu eksik ise yapılan işlem geçerli değildir. Ancak bu geçersizlik iyileştirilebilir geçersizliktir(temsil belgesinde ve yetki belgesinde olduğu gibi).

Hukuk davasının geçerli biçimde açılıp incelenebilmesi için dava açanın dava takip ehliyetine de sahip olması gerekir³⁰. Dava veya taraf ehliyetine sahip olan kişi, taraf olduğu davayı davacı veya davalı olarak kendisi açabilir ve takip edebilir(HUMK. md. 59 ve Av. K.md. 35). Bu hakkını bizzat kullanmayı düşünmüyorsa veya kullanamayacak durumda ise yardım alabileceği kişiye temsilci denilmektedir. Borçlar Yasasının 32. ve devam eden maddelerinde tanımlanan temsilci³¹, temsil yetkisini yasa-

26) Kuru, **a.g.e.** sh. 596

27) R.G. 12.12.1964 gün, 11880 sayılı

28) Dava ehliyeti, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci aracılığı ile bir davayı davacı veya davalı olarak takip edebilme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir(Kuru, **a.g.e.**, sh.673).

29) Hakan Pekcanitez, Oguz Atalay, Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2007 sh.198

30) Pekcanitez. Atalay,Özekes, **a.g.e.**, sh.200

31) Bk madde 32 “Selahiyettar bir mümessil tarafından diğer bir kimse namına yapılan akdin alacak ve borçları, o kimseye intikal eder”

dan alıyorsa kanuni temsilci olarak adlandırılmaktadır(vasi kayyım gibi). Temsil, tarafın iradesinin sonucu ise iradi temsil ortaya çıkmaktadır. “Davaya vekalet” (HUMK md. 60) olarak da adlandırılan bu tür temsilde, temsilcinin baro levhasına kayıtlı ve işten yasaklanmamış bir avukat olması gerekmektedir(Av. K. madde 35 ve 63)³². Doğrudan temsil denilen bu tür temsilde temsilcinin yaptığı hukuksal sonuç doğuran işlem temsil olunan nam ve hesabına yapılmakta, sonuçları da temsil olunanın üzerinde doğmaktadır.

Bir kimse kendini davada bir vekille temsil ettirebileceği gibi birden fazla vekille de temsil ettirebilir. Birden fazla vekil tayin edilmiş ise, her biri diğerinden bağımsız vekalet görevini yerine getirir³³. Bunun aksine yapılan anlaşma karşı taraf için geçerli değildir (HUMK md.64).

Hukukumuzda dava açarken veya davalı olarak savunma yaparken bireyin kendini bir avukatla temsil ettirme zorunluluğu bulunmamaktadır (An. Md. 38 ve Av.K. madde 35). Ancak, HUMK bazı ayırık durumlarda davacı veya davalının yararını gözeterek kendisine zorunlu vekil atanmasını emretmektedir. Bunlardan biri, HUMK madde 71’de yer almaktadır. Davasını bizzat takip eden kimse davasını gereği gibi yürütme yeteneğinden yoksun ise (örneğin sağır ve dilsizler veya akıl yeteneğinin azlığı gibi), yargıç kendisine vekil tayin etmesini emredebilmektedir.

Bir diğeri, duruşmanın disiplinini bozmakta direnme olarak tanımlanan mahkeme huzurunda uygunsuz davranışlarda bulunan kimse, yargıcın uyarısına rağmen aynı biçimde davranmaya devam ederse, yargıç bu kimsenin dışarı çıkarılmasını emredebilmekte, kendisine bir vekil tayin etmeye de zorlayabilmektedir (HUMK madde 70).

Duruşmanın disiplinini bozduğu ve kendisine yapılan ihtarla rağmen bunu devam ettirdiği için duruşma salonundan çıkarılan ve icabında kendisine avukat tutması emredilen taraf, kendisine bir avukat tutup, avukatını duruşmaya göndermez ise yargılama yokluğunda yapılır ve hüküm verilir³⁴.

Davaya vekalet ehliyeti olmayan kişiler yani avukat olmayan kişiler, vekil sıfatıyla dava açmaları halinde davaya vekalet ehli-

32) Güner, *a.g.ö.*, sh. 120,

33) Pekcanitez, Atalay, Özokes, *a.g.ö.*, sh. 307

34) Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (el kitabı)*, İstanbul 1975, sh. 273

yetleri olmadığı için mahkeme davayı esasa girmeden önce dava şartı yokluğundan reddetmesi gerekmektedir³⁵.

3 – HUKUK YARGILAMASINDA AVUKAT

Hukuk yargılamasında görev yapan mahkemeler, hakim ve mahkeme görevlilerinden oluşmaktadır. Memur konumundaki görevliler, mahkeme katipleri, mübaşirler ve savcılardır³⁶. Bu yargılama dalında avukatlar ceza yargılamasından farklı olarak “mahkemelere yardımcı organ”³⁷ olarak nitelendirilmektedir. Pekcanitez-Atalay-Özekes, hakimler, savcılar, adliye memurları, avukatlar ve noterlerden oluşan “yargı görevlileri”³⁸ arasında yer vermekte, Necip Bilge ise avukatları noterlerle birlikte memur konumunda olmayan yardımcılar olarak açıklamaktadır.

Görüldüğü gibi davacı ve davalı olarak adlandırılan iki kişiden kurulan hukuk yargılamasında avukat doğrudan yer almamakta, davaya vekalet olarak adlandırılan ortamda temsilci sıfatıyla davaya katılmakta, ancak Avukatlık Yasasının 2. maddesinde yer alan “avukatlığın amacı” doğrultusunda hukuki mesele ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derece yargı organları nezdinde sağlamakla görevli olmaktadır. Hukuki bilgi ve deneyimlerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanması-na yönelten avukatlar, bu görevlerini yerine getirirken ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü ile çalışmalarını sürdürmekte ve kamu hizmetini yerine getirmektedirler.

4 – HMK TASARISINDA AVUKAT

2001 yılına kadar yargı organlarına yardım etme amacı ile görev yapan avukatlar, Avukatlık Yasasında 4667 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerden sonra yargının kurucu ögesi olarak görev yapan konumuna gelmişlerdir³⁹. Böylelikle avukatlığın amacıyla ortaya çıkan “yardım etmeden” çok farklı bir anlayış olan

35) HUMK md. 61 “Davaya vekalet deruhte etmesine kanunen imkan bulunmayan vekil mahkemeye Kabul olunmaz. Bu takdirde, mahkemeye Kabul edilmeyen vekilin müvekkiline, keyfiyetten bahisle bir defaya mahsus olmak üzere, resen davetiye gönderilir”.

36) Bilge, a.g.e., sh.

37) Kuru, a.g.e(HMU).. sh. 550, Kuru-Aslan-Yılmaz, a.g.e., sh. 225

38) Pekcanitez. Atalay,Özekes, a.g.e., sh. 165

39) 4667 Sayılı Yasa madde 1 gerekçesi “yargının temel –kurucu- unsurları sav, savunma ve karardır. Savunmanın da temsilcisi avukattır. Avukatlık Kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle savunmanın yargının kurucu unsurlarından biri olduğu ve avukat tarafından bağımsız olarak temsil edildiği yasa kuralı haline getirilmektedir”

yargının kurucu ögesi olarak görev yapma anlayışının hukuk yargılamasına da yansması gerekmektedir.

Hukuk yargılamasında davacı veya davalı olarak yer alan bireylerin konusunun uzmanı olan bir avukatın bilgi ve birikimlerinden en üst düzeyde yararlanması adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak kabul edilmelidir. Bu nedenlerle avukatın üstlendiği kamu hizmetini yerine getirme görevi kapsamında hukuk yargılamasına yargılamanın kurucu bir ögesi olarak katılması için Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında “Avukat ile temsil zorunluluğu” adıyla avukat yardımı olmadan dava açılmama yönünde değişiklik yapılmak istenmektedir.

Bu konu başka ülkelerde de uygulanan bir durum olup avukat yardımı olmadan dava açılmamaktadır. Örneğin, Alman Usul Yasası (ZPO)’nın 78. maddesine göre, asliye hukuk mahkemelerinde ve tüm yüksek mahkemelerde davanın tarafları kendilerini bir avukat ile temsil ettirmek zorundadırlar⁴⁰. Federal Avukatlık Yasası (BRAO)da benzer kural içermektedir. Avusturya Usul Yasasının 27. maddesi de avukatla takip zorunluluğunu düzenlemektedir⁴¹.

Tasarının 76. maddesi ile getirilmek istenen düzenleme⁴² sulh hukuk mahkemeleri iş mahkemeleri ve kadastro mahkemelerinin görevine giren davalarda dava türüne bakılmaksızın ve bir miktarla sınırlı olmaksızın bireyin davasını açabileceği veya davalı olarak kendini savunabileceğini, şahıs varlığına ilişkin dava ve işleri de yapabileceğini öngörmektedir. Ayrıca ellibin Türk lirası sınırı getirildiği için asliye hukuk mahkemelerinde de değeri elli bin liranın altındaki konusu para olan davaları açabilecek veya kendini savunabilecektir. Sayılan bu mahkeme ve dava türlerinin dışında davasını ve kendi aleyhine açılan bir davayı

40) Aile hukukundan doğan davalar, Gençlik Sosyal Yardım Dairesinin davaları ve yasal yaşlılık sigortası kurumları avukatla temsil zorunluluğundan ayırık tutulmaktadır.

41) Seyithan Deliduman, **Medeni Yargıda Avukatlık**, AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2, sh. 379

42) **Avukat ile temsil zorunluluğu**

Madde 76- (1) Dava ehliyetine sahip taraf, sulh hukuk veya iş yahut kadastro mahkemelerinin görevine giren davalarla değeri elli bin Türk Lirasından az olan davalar hariç olmak üzere davasını ve kendisi aleyhine açılan davayı ancak bir avukat aracılığı ile takip edebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü, kanun yolları aşamasında da geçerlidir.

(3) şahıs varlığına ilişkin dava veya işlerde avukat aracılığıyla temsil zorunluluğu yoktur.

(4) Taraf veya ilgilinin avukat olması halinde zorunluluk uygulanmaz

ancak bir avukat aracılığı ile takip edebilecektir. Bu kurallar kanun yollarında da geçerli olmaktadır.

Başka ülkelerdeki uygulamalara benzeyen bu değişiklik önerisi konusunda hemen belirtmek gerekir ki yukarıda değindiğimiz avukatın hukuk yargılamasına etkin öge olarak katılması gerçekleşmiş olacak ve avukat hukuk davasında davanın ayrılmaz bir bütünü haline gelmiş olacaktır. Savcılık makamının bazı hukuk davarlarındaki ayrılmaz bütün içinde yer alması gibi ancak kapsamı karşılaştırılmayacak derece büyük olmak koşuluyla.

Kuşkusuz ki kapsam dışı bırakılan durumları azlığı veya çokluğu yönünden tartışmak mümkündür. Ancak bu konuda atılan adım özü yönünden doğrudur. Dileğimiz hukuk yargılaması sisteminin en kısa sürede avukatla yargılamanın kurucu ögesi olarak bütünleşmesinin gerçekleşmesidir. Bu yapıldığında bireyin hukuksal güvenliği artacak, hakkını bu işin uzmanının özenli katkısıyla araması mümkün hale gelecektir. Değişiklik, adil yargılanma ilkelerine katkı yapacağı gibi yargılamanın daha hızlı sonuçlanmasına yardım edecek, bilinçsizce açılan davalarla veya savunmalarla ortaya çıkan hak ve zaman kayıplarını da önlemiş olacaktır. Avukatla takip zorunluluğunun kapsamı ülke gerçekleri, adli yardım olanaklarının artırılması gibi konular dikkate alınarak ileride daha da genişletilmesi mümkün olan konulardır. Yapılması gerekli olan olabildiğince daha kapsamlı bir içerikle tasarının bir an önce yasalaşmasının sağlanmasıdır⁴³.

43) İlk tasarının 77 son tasarının 76. maddesi ile düzenlenmek istenen bu konuda ileri sürülen farklı görüşler bulunmaktadır.

Yavuz Alangoya "Bu yeni düzenleme, Alman ve Avusturya hukuklarında mevcuttur. Davanın avukatla görülmesi gerçeğe ulaşma amacı bakımından elverişli görülebilir. Ancak Türkiye bakımından, özellikle gerekçede belirtildiği üzere üst sınırın alta çekilmesi durumlarında ciddi adli yardım desteği gereklidir" (Medeni Usul ve İcra –İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, TBB Yayını, sh.48)

Baki Kuru, "Bu konuda tereddütlerim var: Adli yardım yeterli olmayabilir. Avukat olmayan yerlerde nasıl uygulanacak? Az (mesela 3) avukat olan yerlerde çok zor işler. O yerdeki az sayıdaki avukatlar, diğer taraf vekaletini alma yasağından (AK m.38/b) dolayı, zor durumda kalabilirler. 50.000 liralık sınır çok az. Tasarı m. 77'deki istisnalar arasında tüketici mahkemelerini de dahil etmek, hatta aile mahkemelerini de dahil etmek uygun olur. Başlangıç olarak, yalnız Yargıtay'da (Yüksek mahkemelerde) düşünülebilir" (Medeni Usul ve İcra –İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, TBB Yayını, sh.65-66).

Ejder Yılmaz; "Tasarının 77. maddesi ile getirilen 'avukat tutma zorunluluğu' ilkesin, adli yardım müessesesinin yeterince işlemediği ülkemizde, adaleti pahalılaştıracağı sebebiyle benimsememekteyim. Bu arada bu ilkeyi Kabul eden ülkelerden olan Almanya'da da bu konuda önemli eleştiriler olduğunu belirtmek isterim" (Medeni Usul ve İcra –İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, TBB Yayını, sh.189).

IV – HUKUK YARGILAMASINDA AVUKATIN HAK VE YETKİLERİ

1 – TEKEL HAKKI

1.1- GENEL OLARAK

Ülkemizde avukatlara tanınan hak ve yetkileri kullanabilmek yani, avukatlık mesleğini yapabilmek için belli bir öğrenim ve eğitime sahip olmak, avukatlık ruhsatı almak ve “*baro levhasına*” yazılmak koşulları aranmaktadır.

Avukatlık Yasasının 35. maddesi, “kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar bunların dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler” kuralını getirmektedir.

Yasanın 63. maddesinde ise “baro levhasında yazılı bulunmayanlar ve işten yasaklanmış olan avukatlar, şahıslarına ait olmayan dava evrakını düzenleyemez, icra işlemlerini takip edemez ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamazlar” kuralı yer almaktadır.

Bu düzenlemeye benzer bir düzenleme HUMK madde 61’de yer almaktadır. Bu madde ile benimsenen baroda kayıtlı olmayan kişilerin vekil sıfatıyla mahkemeye kabul olunmamaları yolundaki kural Avukatlık Yasasındaki kural ile örtüşmektedir. Bu konuda önceki CMUK 137. maddesinde yer alan “Müdafi avukatlık veya dava vekilliği etmeğe kanuni selahiyeti olan kimselerden intihap olunabilir” kuralı yeni Ceza Yargılaması Yasasına alınmamıştır.

Yasada öngörülen sisteme göre sadece baroya yazılı avukatların yapabilecekleri işler şeklinde bir ayrıma gidilmekte, bunlar sayılmakta (Av.K. madde 35) ve bu işleri baro levhasında adı yazılı olmayan avukatların (ayrık durumlar hariç) ve avukat sıfatını taşımayanların yapması yasaklanmaktadır (Av.K. madde 63).

Yasanın dava evrakı düzenleme, dava etme, savunma, adli işlemleri takip, icra takibi yapma ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanma şeklinde yaptığı düzenleme göz önüne alınarak sadece avukatlara tanınan bu hakkı “dava tekeli” yerine “avukat tekeli” veya “avukatlık tekeli” olarak adlandırmak daha doğru olmaktadır⁴⁴.

44) Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*., İstanbul 1994 sh. 54

1.2 - AVUKATLIK TEKELİNİ ZORUNLU KILAN TEMEL GEREKÇELER

Her geçen gün daha karışık ve karmaşık bir yapıya bürünen yasal düzenlemelerin ve “yargıda hak aramanın”, hak arayan kişilerin önünde bir engel oluşturması, adil yargılanma hakkının yitirilmesine varan sonuçların ortaya çıkması, savunma hakkının kullanılmasının önemini artırmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlıkların çözümünde anlaşmazlığın yanlarının dışında ancak avukatların faaliyette bulunabilmesi, başkalarına hizmet ve temsil yasağı getirilmesi yoluna gidilmektedir.

Bir bakıma genel olarak hukukun ve hak arama özgürlüğünün tabiatından kaynaklanan bu durum ve avukatlığın serbest meslek olarak düzenlediği bütün ülkelerde avukatlık tekelinin “özü bozmayacak farklarla” benimsenmiş olması, küresel bir yansıma olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵.

Temel hak ve özgürlükler dahil hukuk düzeninin bireye sağladığı ve koruma altına aldığı hakların, somut olaya tam ve eksiksiz, adil, süratle, eşit bir biçimde uygulanması bireyin Devlettten en büyük beklentisidir. Bu zorlu ancak kutsal beklentinin gerçekleşmesi için hukuk bilimine belli düzeyde vakıf olmak ve yargılamayı yönlendiren kuralları bilmek gerekmektedir. Bunun ancak üniversite düzeyinde alınacak hukuk eğitimi ve belli bir deneyimle kazanılacağı tartışmasız olarak kabul edilen bir olgudur.

Bu nedenle, bireyin haklarının korunmasında en büyük güvenceyi oluşturan hukukun üstünlüğü ilkesini yaşama geçirmeyi kendisine ilke edinen, kurumsallaşarak, örgütsel denetim altında, bilgi ile donatılmış bir konumda yargının kurucu ögesi olarak görev yapan avukatların, “tekel hakkı” ile sağlanan ortamda görev yapmaları gerekmekte ve evrensel anlamda kabul görmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri yasası yönünden bu kuralın değerlendirilmesinde yukarıda da incelediğimiz gibi herkes kendi davasını açabilmekte veya açılmış davada kendini savunabilmektedir(An. md. 36, Av.K. md. 35). HUMK madde 61 ile bu sistemi benimsemekte, ancak “davaya vekalet deruhte etmesi” sözcükleriyle bir başkası adına vekil olarak davaya katılacaklarda yasal olanakların aranması gerektiğini belirterek avukatlık te-

45) Ahmet İyimaya, **Avukatlıkta Tekel Hakkı**, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, C. 3, sh.157

keline uygun bir düzenleme getirmektedir. Tasarı ile getirilmek istenen yeni durum yukarıda açıklandığı için burada ayrıca değinilmeyecektir.

2 - İŞİ RED HAKKI

Avukat, kendisine önerilen işi neden göstermeden reddetme hakkına sahiptir (Av.K. madde 37). Meslek Kuralları işi ret hakkını, “avukat kendisine teklif edilen işi gerekçe göstermeden de reddedebilir” biçiminde açıklamakta ve ayrıca takdirine esas olan nedenleri açıklamak zorunda bırakılamayacağını ifade etmektedir (MK madde 38). Bu düzenlemeler avukatlığın bağımsızlığı ve serbest meslek oluşu ile yakından ilgili ve hatta bu niteliklerinin zorunlu bir sonucudur.

Avukatın, yargı erkinin savunma tarafının temsilcisi olarak üstlendiği görevi yerine getirebilmesi için bağımsız olması gerekmektedir. Savunmanın bağımsız olması için avukatın kimse-den buyruk almaması, üstlenmeyi uygun bulmadığı ya da savunamayacağı bir işi üstlenmeme olanağının kendisine sağlanması gerekmektedir⁴⁶.

Bu bağlamda avukatın bağımsızlığı, iş sahiplerine karşı da bağımsız olmasını da kapsamaktadır. Avukat, her işi alan, her işi takip eden bir kişi değildir ve olmamalıdır da. Bu nedenle Avukatlık Yasası ve Meslek Kuralları, avukatın bağımsızlığının önemli bir boyutunu oluşturan bu konuda gerekli korumayı sağlamakta, avukatın inandığı, üstesinden gelebileceği, bilgisinin ve zamanının elverdiği işi almasına olanak yaratmakta, aksine davranışı yaptırıma tabi tutmaktadır.

Yasanın maddelere yönelik gerekçesinde bu madde ile ilgili olarak avukatın işi kabul etmek zorunda olmadığı ve ayrıca işi kabul etmediğini bildirirken hiçbir neden göstermeye zorunlu tutulamayacağı belirtilmektedir.

Avukata hak olarak tanınan bu durumun bir de yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu da işin reddedildiğinin gecikmeden bildirilmesi ve hakkın kullanımının iş sahibine zarar vermeden kullanılması yükümlülüğüdür.

Avukatın işi alıp almama konusundaki serbestliğinin, bağımsızlığının kısıtlandığı durumlar da vardır. Bunlardan bir kısmın-

46) Atila Sav, *Avukatın İş Reddetme Hakkı*, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000, sh. 353

da avukatın işi ret hakkının olmadığı belirtilmekte, bir kısmında ise, işi ret zorunluluğu vurgulanmaktadır⁴⁷.

3 – ÇEKİLME HAKKI

Avukatlık Yasasının 41. maddesi avukatın, “belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile” çekilebileceğini, 174. maddesi “üzerine aldığı işi haklı bir neden olmaksızın takipten” vazgeçebileceğini, Meslek Kurallarının 38. maddesi ise, avukatın “dava-yı ...kovuşturmadan çekinme hakkı” olduğunu belirtmektedir. HUMK’da ise md 68 “vekil nefsinin azlettiği” sözcükleriyle çekilme kavramının düzenlendiğini görüyoruz.

Mesleğin bağımsızlığı ve serbestçe yapılmasının doğal uzantısı olan bu hak, iş sahibi ile “avukatlık sözleşmesi” oluşturarak “avukatlık ilişkisi” kuran avukatın, herhangi bir neden veya gerekçe göstermeksizin dilediği anda işi bırakmasına olanak sağlamaktadır. İş sahibi ile avukat arasında bağitlanan avukatlık sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmesine olanak sağlayan “iş bırakma hakkı” Avukatlık Yasası ve Meslek Kuralları dışında genel nitelikli yasalarda da yer alan bir kuraldır.

Borçlar Yasasının 34. maddesi temsil olunanın tek taraflı olarak verdiği temsil yetkisini her zaman sınırlandırabileceğini veya ortadan kaldıracabileceğini, 396. maddesi ise, vekilin her aşamada vekaletten istifa edebileceğini öngörmektedir.

“Avukatın işi bırakması” olarak adlandırdığımız bu hak, Av.K. madde 41’de “avukatın vekaletten çekilmesi”, Av.K. madde 174’te “avukatın işi takipten vazgeçmesi”, MK madde 38’de “dava-yı kovuşturmadan çekinme”, HUMK. madde 68’de “vekilin kendini azli”, BK. madde 396’da “vekaletten istifa” terimleriyle ele alınmaktadır.

Bilimsel yapıtlarda ise, “vekaletten istifa”⁴⁸, “vekillikten ayrılma”⁴⁹ şeklinde adlandırılmaktadır. Avukatın işi bırakması teriminin daha kapsamlı olduğunu düşünüyoruz.

Avukatın işi bırakmasının sonuçları ve etkileri iki ayrı yönden ele alınabilir. Bunlardan biri sözleşmenin tarafları olan iş sahibi ile avukat yönünden, diğeri ise, avukat ile mahkeme ve üçüncü kişiler yönünden.

47) Ayrıntılı bilgi için bkz. Av. Semih GÜNER, *Avukatlık Hukuku*, Ankara 2007, sh. 211 vd.

48) Aday, *age.*, sh. 131

49) Meral Özkan Sungurtekin, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir 1999, sh. 158

İç ilişki olarak adlandırabileceğimiz, avukatla iş sahibi arasındaki ilişkide; avukata tanınan hak “mutlak hak” görünümündedir. Önceden vazgeçilemeyen, işi bırakmanın her zaman yapılabileceğini öngören BK madde 396/I emredici nitelikte bir kural⁵⁰ olup, aksine sözleşme yapılamaz. Borçlar Hukukunun bu kuralı avukatlık sözleşmesinde de aynen geçerli olup, avukatın işi bırakmasını engelleyici, yasal hakkını kullanmasını ortadan kaldıran bir kuralın sözleşmeye konulması, konulması halinde geçersiz sayılması gerekmektedir.

İş bırakma beyanı, iş sahibine ulaşmakla sonuçlarını hemen doğuran, bozucu nitelikte bir yenilik doğuran haktır⁵¹. Haklı nedenle iş bırakmada ücret isteme hakkının muaccel olduğu an bu andır. İş bırakma iradesinin iş sahibi tarafından öğrenildiği andan itibaren ileriye doğru sonuç doğuracağı kabul edilmektedir⁵².

Avukata tanınan bu mutlak hakkın, iş sahibine zarar vermesi, iş sahibinin kutsal savunma hakkının zarar görmemesi için Yasa, işi bırakan avukatın iş bırakma durumunu iş sahibine tebliğ etmesini ve tebliğden itibaren 15 gün daha vekalet görevini sürdürmesini istemektedir (Av.K. madde 41/I).

Buna benzer düzenleme Meslek Kurallarında da bulunmaktadır. “Avukat, çekinme hakkını müvekkiline zarar vermeyecek biçimde kullanmaya dikkat edecektir” (MK madde 38/III). Bu düzenlemeler ile avukatın işi bırakmasının bir hak olduğu, bu hakkı kullanmasında sadece işi bırakırken iş sahibinin zarar görmemesine dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

İş bırakma iradesinin iş sahibine tebliğinden 15 gün sonrasına kadar devam eden süreçte avukata yüklenen vekalet görevinin sadece duruşma dışında kalan işlere ilişkin olduğu kabul edilmektedir⁵³. Öngörülen 15 günlük süre, iş sahibinin bazı haklarının korunması bakımından konulmuş bir süredir⁵⁴. İş sahibi-

50) HalukTandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II. İstanbul 1989, sh. 623*

51) Y.11. HD. 09.11.984 günlü, E.984/5003, K.984/5397 sayılı kararı (YKD, Y. 1985, C. XI, S. 3, sh. 377),s

52) Y.4. HD., 15.05.1980 günlü, E.980/1600, K.980/6365 sayılı kararı (YKD, Y. 1981, C. VII, S. 7, sh. 833)

53) Kuru, *age (HMK)*, sh. 853

54) Y.13. HD., 29.04.1993 günlü, E.993/3419, K.993/3651 sayılı kararında “Vekaletten istifa eden avukatın görev süresi her ne kadar 15 gün daha devam ederse de; bu süre iş sahibinin bazı haklarının korunması bakımından konulmuş olduğu için, azilden önce vekaletten istifa eden avukatın, zorunlu 15 günlük görev süresi için ücret talep etmeye hakkı yoktur” (YKD, Y. 1994, S. 2, sh. 237).

nin yeni bir avukat bulması veya kendini savunma için gerekli hazırlıkları yapması için yeter süre olarak düşünülmelidir. Bu amaçla geçecek süre içinde avukat, mahkemede duruşmalara katılmadan, mahkeme dışında yapabileceği (ara kararları veya temyiz gibi) işleri yapmalıdır⁵⁵.

İşi haklı bir neden olmadan bırakan avukat ise, hiçbir ücret isteyemez. Hatta peşin bir ücret almış ise, bunu geri vermekle de yükümlüdür. Ancak işi bırakmış sayılacağı ana kadar yaptığı giderleri istemesi mümkündür.

İşi bırakmanın mahkeme ve karşı taraf ile olan bölümü dış ilişki olarak adlandırılmaktadır⁵⁶. Bu konu HUMK madde 67 ve 68’de ele alınmaktadır. Avukatın işi bırakması mahkemeye ve karşı tarafa bildirilmedikçe, karşı taraf ve mahkeme yönünden hüküm ifade etmez ve sonuç doğurmaz.

Avukatın işi bırakması biri duruşma sırasında beyan yoluyla diğeri ise, duruşma dışı bildirim yoluyla olmak üzere iki şekilde olur. Bunlardan biri, diğer tarafın da katıldığı (hazır bulunduğu) duruşma sırasında avukatın işi bıraktığını beyan etmesi veya duruşmadan önce işi bıraktığını yazılı olarak bildirmesi ile oluşur ve beyanın yahut bildirimin duruşmada okunup tutanağa geçirilmesiyle gerçekleşir. İkinci durum, diğer tarafın hazır olmadığı bir duruşmada avukatın işi bırakma beyanının yapılması veya beyanın yazılı olarak verilmesiyle yahut duruşma dışında yazılı bildirim mahkemeye verilmiş olması halinde karşımıza çıkar. Bu durumda işi bırakma iradesi diğer tarafa tebliğ edilir. Birinci halde tutanağa yazılma anında, tebliğ edilmede ise tebliğ edildiği tarihte diğer taraf ve mahkeme için işi bırakma sonuç doğurur.

HUMK md. 67/3 vekilin çekilmesi (istifası) halinde duruşmanın bir başka güne bırakılmayacağını öngörmektedir. Bu hükme göre vekil duruşmada çekildiğini bildirirse bile mahkeme duruşmayı başka bir güne bırakmayıp çekilen vekilin katılımıyla yargılamaya devam edecektir⁵⁷. Mahkeme çekilen vekilin müvekkilini ancak bundan sonraki duruşmaya çağırarak yahut çekilme konusunu duyurur tebligatını yapacaktır.

55) Y.20.HD., 20.04.1994 günlü, E.994/3269, K.994/4437 sayılı kararında “vekilin, vekaletten çekilmesi halinde, masrafı vekile ait olmak üzere mahkemece, çekilmenin vekil edene açıkça bildirilmesi gerekir. Vekilin çekildiğine dair dilekçesi vekil edene tebliğ edilmedikçe vekalet devam edeceğinden, tebliğlerin vekile yapılması zorunludur” (YKD, Yıl 1994, S. 7, sh. 1133).

56) “Kuru, age(HMK)., sh. 852

57) Kuru- Aslan-Yılmaz, a.g.e. sh.269

Mahkeme çekilen vekilin durumunu müvekkiline bildirme süresi ve bildirimden itibaren 15 günlük bekleme süresi içinde vekile tebligat yapar. Karar, davayı takip eden avukata tebliğ edildikten sonra avukat işi bırakmış olsa bile temyiz süresi avukata tebliğ ile işlemeye başlar⁵⁸.

Avukatın çekilmesi konusu Tasarının 86 ve 87. maddelerinde ele alınmaktadır. 86. maddede vekilin istifasının, mahkeme ve karşı taraf için hüküm ifade edebilmesi için, bu konudaki beyanın dilekçe ile bildirilmesi veya tutanağa geçirilmesi ve gerektiğinde ilgisine yapılacak tebligat giderinin de peşin olarak ödemesi gerektiğini belirtmektedir.

87. maddenin (1) fıkrası Avukatlık Yasasının 41/1 maddesi ile uyumlu bir düzenle olup çekilen avukatın vekilliğinin çekilme iradesinin müvekkiline tebliğinden itibaren 15 gün süreyle devam edeceğini öngörmektedir. Maddenin diğer bentlerinde vekalet verenin davranış biçimine göre sonuçları ele alınmakta ancak yürürlükteki yasada yer alan duruşmanın çekilme nedeni ile ertelenmeyeceğine ilişkin açıklık tasarıda yer almamaktadır⁵⁹.

4 – TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI

Avukatlık Yasasının 36. maddesi avukata hem hak hem de yükümlülük getiren bir maddedir. Maddenin hak olarak nitelenecek boyutu, avukatların kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendiği hususlar hakkında tanıklık etmeyi avukatın isteğine bırakmasıdır.

Bu maddeye göre, iş sahibi tanıklık için olur verse bile avukat, gerekçe göstermeden tanıklık etmekten çekinebilmektedir. Bu nedenle bu hakkı “avukatın sır saklama hakkı”⁶⁰ olarak da

58) Kuru, *age (HMK)*., sh. 856

59) *Vekilin istifası*

MADDE 87- (1) İstifa eden vekilin vekâlet görevi, istifanın müvekkiline tebliğinden itibaren onbeş gün süreyle devam eder.

(2) Avukat ile takibi zorunlu olmayan davada, vekilinin istifa etmiş olmasına rağmen vekâlet veren davayı takip etmez ve vekil de görevlendirmez ise, tarafın yokluğu hâlinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılır.

(3) Avukat ile takibi zorunlu davada vekâlet veren taraf, istifanın kendisine tebliğinden itibaren en geç onbeş gün içinde yeni vekilini mahkemeye bildirmek zorundadır. Aksi takdirde, tarafın yokluğu hâlinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan hususlar, istifa eden vekilin istifa dilekçesi ile birlikte vekâlet verene ihtaren bildirilir.

60) Sungurtekin, *age*., sh. 388

adlandırabiliriz. Madde ile avukata aynı zamanda yükümlülük de getirilmektedir. Bu yükümlülük, “sır saklama yükümlülüğü”dür.

Avukatlık Yasası, bu madde ile avukatın mesleki çalışması sırasında edindiği iş sahibi ile ilgili bilgileri açıklamak zorunda bırakılmasını önleme amacını gütmektedir. Benzer bir düzenleme Ceza Yargılama Yasasının 46. maddesinde yer almaktadır. “Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme” başlıklı madde avukatların, stajyerlerin veya yardımcılarının bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi nedeniyle öğrendikleri bilgileri tanık olarak açıklamaktan çekinebileceklerini kabul etmektedir. Maddenin (2) numaralı bendinde avukatların, stajyerlerin ve sekreterlerin tanıklıktan çekinme hakkının ilgilinin rızasına bağlı olarak kullanılmadığı da belirtilmektedir.

Hukuk Yargılama Usulü Yasasının 245. maddesi⁶¹ sahibinin oluru üzerine meslek sahibinin sır sayılan bir konuda tanıklıktan çekinemeyeceğini öngörmektedir. Ancak, bu kural Avukatlık Yasası ile değiştirilmiş ve çekinip çekinmeme konusunda avukata değerlendirme ve karar verme hakkı tanınmıştır⁶². Hukuk kuraları arasında çatışma ortamını yaratan bu düzenlemelerden HUMK genel yasa olup, Avukatlık Yasası sonraki özel yasadır. Genel kural gereği bu gibi çatışma hallerinde sonraki özel yasa kuralının uygulanması gerekeceğinden Avukatlık Yasasındaki avukata taktir yetkisi veren kural uygulanmaktadır.

HMK Tasarısında bu konu Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme başlığı ile 252/1. maddede düzenlenmektedir. “Kanun gereği veya nitelikleri bakımından sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler”. Bu düzenlemeyi tamamlar bir düzenleme de 253/c de yer almaktadır “Tanığın beyanı, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse” tanıklıktan çekinebileceği şeklinde düzenlenme ile Avukatlık Yasasına uyumlu bir düzenleme ortaya çıkmaktadır.

Avukatlık Yasasının 36. maddesi ile ilgili olarak tasarıda yer

61) Madde 245/4 “memuriyet ve sanat ve meslekleri itibarıyla bir kimsenin sırrını bilenler, şu kadarki o kimse muvafakat ederse şهادetten imtina edemezler”

62) Ferudun Müderrisoğlu, a.g.e., sh. 66

alan gerekçe, “hakların savunulmasını avukata bırakan kimse birçok sırları da bildirmek durumundadır. Bunu yapabilmesi ve adaletin tam bir şekilde ortaya çıkabilmesi için sırlarını avukata bildiren kimsenin hiçbir huzursuzluk duymaması icap eder. Bu suretle avukatın kendisine bildirilen veya görevi sırasında öğrendiği işlerden dolayı bunları tanıklık suretiyle dahi olsa açığa vurmaması önlenmek istenmiştir” şeklinde konuyu açıklamaktadır.

Tanık olarak dinlenen bir avukatın, edindiği meslek sırlarını açıklamak durumunda kalması halinde mesleğin zarar görmesi kuvvetle muhtemel olduğundan sır saklama yükümlülüğü getiren yasanın, bu yükümlülüğün sonucu olarak avukata tanıklık yapmak zorunda kalması durumunda tanıklıktan çekinme hakkını vermesi doğaldır.

Tanıklıktan çekinme hakkının kapsamı, avukatın kendisine tevdi edilen bilgileri ve avukatlık görevi sırasında edindiği bilgileri kapsamaktadır. Ayrıca bir avukatın gerek Türkiye Barolar Birliği ve gerekse baro organlarında çalıştığı süre içinde sır sayılacak bilgiler edinmesi de mümkündür. 4667 Sayılı Yasa ile getirilen ek düzenlemeye göre tanıklıktan çekinme hakkını kullanan avukatın hukuki ve cezai sorumluluğunun doğmayacağı açık bir biçimde kabul edilmiştir.

Avukatın çekinme hakkını kullanmayıp edindiği bilgiler hakkında tanıklık yapabilmesi için öncelikle iş sahibinin olurlu alınması gerekmektedir. Ancak iş sahibi, savunma işinde uzman olmadığı için ya da bilgi ve deneyimi kendini savunmaya yetmediği için tanıklık yapmanın kendisine verebileceği zararı bilmemesi çok doğaldır. Bu nedenle tasarıda da değinildiği gibi “adaletin tam bir şekilde ortaya çıkabilmesi için” avukat, iş sahibi olur verse bile iş sahibinin zarar görme olasılığı olan durumlarda tanıklık etmekten çekinmelidir.

Meslek Kurallarının 37. maddesi tanıklıktan çekinmede meslek sırrını ölçüt olarak almaktadır. Bu arada sanığa tanınan “süsma hakkı”nın avukata tanınmamasının anlamı olmadığını, avukatın da tanıklıktan çekinerek bu hakkını kullanabileceğini belirtmek istiyoruz. Bu nedenle Ankara Barosu Disiplin Kurulunun E.994/37, K.995/2 sayılı ve 27.01.1995 günlü kararında değindiği gibi⁶³ “herhangi bir davada yan vekili olarak görev almış olan

63) ABD, Y. 1995, S. 2, sh. 116

avukatın, tanıklık yapabilmesinin hukukumuzda ilke olarak yasaklanmış olmadığını, gerek Avukatlık Yasasının 36/2 hükmü, gerek CMK 46 ile HUMK 245/4 hükmü ve gerekse Meslek Kuralları 37/2 maddesi hükmünün tanıklık edebilme olanağını yan vekili avukata tanımış olduğunu” belirlemesi yerinde bir saptamadır.

5 – DOSYA İNCELEME HAKKI

Avukatlar yargılama faaliyetine konu olmuş veya olma olasılığı bulunan dava ve takip dosyalarını, bilgi ve belgeleri inceleme hakkına sahiptirler. Bu amaçla Avukatlık Yasasında biri 46. madde, diğeri 2. madde olmak üzere iki ayrı madde bulunmaktadır. HUMK md. 157 avukatların dosya inceleme hakkını düzenlemektedir. Bunların yanı sıra doğrudan avukatlara dönük olmamakla beraber 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Yasası kapsamında avukatların temsil ettikleri kişi adına bilgi ve belgeye ulaşmaları mümkün olmaktadır.

Düzenlemelerden birincisi, Yasanın 46. maddesinde yer almaktadır. Bu maddede yer alan “Avukat veya stajyer, vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir” kuralı gereği avukat ve stajyeri, vekaletname ibraz etmeden, iş sahibinin yetki verdiğini kanıtlayan belgeyi sunmadan, dosya ile ilgili olduğunu kanıtlamadan herhangi bir mahkeme veya icra dairesindeki dava ve takip dosyasını inceleme hakkına sahip olmaktadır.

İkinci düzenleme, Avukatlık Yasasının 2. maddesinin üçüncü bendinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, “yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür.” Madde davaya ve takibe konu olmuş veya olmamış dosyaları, bilgi ve belgeleri inceleme hakkı veren, maddede sayılan kurumlara yükümlülük getiren bir düzenleme olarak 4667 Sayılı Yasa ile Avukatlık Yasasında yeniden düzenlenmiştir.

Bu kuralın amacı, uygulamada bir avukatın haksız veya meslek anlayışına uygun düşmeyen bir davayı almasını önlemek, yargılamayı hızlandırmak, avukatların tüm hazırlıklarını yaparak dava açmasına olanak sağlamaktır. Mesleğin amacının gerçek-

leşmesi ve serbestçe yapılmasının sağlanması bakımından bu olanağın tanınması bir zorunluluktur. Ayrıca bu hak ile avukatın bilgisi dışındaki yerlerden yargıçların bilgi edinmelerini önlemek, gizli dosya sistemini ortadan kaldırmak amaçlanmıştır⁶⁴.

Avukatın dosya inceleme hakkı bir bakıma Anayasanın 36. maddesinde yer alan “hak arama hürriyetinin” bir sonucudur. Savunmayı bir hak olarak belirleyen Anayasa, savunmanın gerçekleşebilmesi için bireyin temsilcisi olacak avukatın dosyayı inceleme hakkının tanınması zorunludur. Ayrıca kamu hizmeti yapan avukatın bilgi ve belgeye ulaşması, savunduğu bireyin yararına bu bilgi ve belgeyi kullanabilmesi savunma hakkının boyutlandırılmasından başka bir şey değildir. İddia makamına karşı, belgeleri inceleme yetkisi tanınmayan bir savunma makamının adaletin gerçekleşmesine katkıda bulunması mümkün olmayacağı için avukata dosya inceleme hakkı tanınmalıdır⁶⁵.

Yapılmış olan soruşturma belgelerini her zaman elinde bulunduran ve inceleyen bir avukatın dosya inceleme hakkını her iki maddeye göre ayrı ayrı değerlendirmek istiyoruz. Av. K. madde 46 ile tanınan hak, yetki yönünden sınırlandırılmış bir haktır. Maddeye göre, avukatlar ve stajyerleri, davaya ve icra takiplerine konu olmuş dosyaları incelemek hakkına sahip bulunmaktadır. 4667 Sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önceki 46. maddede bu hakkın kullanımı daha sınırlı idi. Maddeye göre inceleme hakkı “mahkeme ve icra kalemleri” ile sınırlı tutulmuş idi. Değişikle, 2. maddede yapılan düzenlemeye uyumlu hale getirilen 46. maddede mahkeme ve icra kalemleri sözcükleri çıkarılarak genişlik kazandırılmıştır.

Avukatın ve stajyerin bu hakkı kullanabilmesi için o dosyanın tarafı olan kişi ile ilgisini kanıtlama yükümlülüğü yoktur. Madde-deki “vekaletname olmaksızın” sözcüğünü bu anlamda geniş yorumlamak gerekmektedir. Avukatın bağımsızlığı gereği istediği işi alıp, istemediği işi gerekçe göstermeden ret hakkını kullanabilmesi için vekaletname istenmemesi gerekmektedir. Avukatın görev üstlenmediği, hatta işi alıp almayacağı dahi henüz belli olmayan bir aşamada kendisinden vekaletname istenmesi hem

64) Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 8. Bası, İstanbul 1986, sh. 429,

65) Muzaffer Polat, *Savunma, Savunma Hakkı, Dosya İnceleme Yetkisi*, İBD, Y. 1986, sh. 259

sakıncalı olup hem de gereksiz bir harcamaya neden olabilecektir.

Değişiklikten önceki madde metninde tarafların da mahkeme ve icra kaleminde dosya inceleme hakkı olduğu yolunda bir düzenleme yer alıyordu. Değişiklikle tarafların inceleme yetkisi metinden çıkartılmıştır. Değişiklikle bir bakıma CMK madde 153 ile uyum sağlanmıştır. CMK madde 153'te "müdafi soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin birer örneğini harçsız alabilir" şeklindeki dosya inceleme hakkı olduğu, kovuşturma aşamasında bu hakkın "dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir" şekline dönüştüğü, bu haktan suçtan zarar görenin avukatının da yararlanabileceği açıkça belirtilmiştir. Madde metninin uygulamada yaşanan sorunların aşılmasına olanak sağlayacak kadar açık olmasının avukatın dosya inceleme hakkını kolaylaştıracağını düşünüyoruz.

Müdafiye ve katılan avukatına(vekil) tanınan bu haktan şüpheli veya sanık yararlanamamaktadır⁶⁶. CMK dava dosyasını inceleme hakkını yalnız avukata tanımaktadır. Bir meslek adamı olan ve meslek disiplinine tabi bulunan avukat, bu bakımdan bir güvence arz etmektedir. Yasa metninde müdafi ve vekil sözcüklerinin yer alması sınırlayıcı değil savunma makamının temsilcileri olarak anlaşılmalı ve bu haktan avukatın stajyerinin de yararlanacağını kabul etmek gerekmektedir. Esasen Avukatlık Yasasının anılan 46. maddesi bunu gerektirmektedir.

Avukatlık Yasasının 46. maddesinin önceki metninde "yahut taraflarca" sözcükleri ile yer alan taraflara tanınan hak, hem CMK'a aykırılık taşımakta ve hem de savunma kurumu mensubuna tanınan ayrıcalıktan avukat olmayanların da yararlanmasına yol açmaktadır. Bu nedenle Avukatlık Yasasının 46. maddesinde yapılan değişiklik yerinde olmuştur.

Avukatın ve stajyerinin vekaletname ibraz etmeksizin mahkeme dosyası ile icra takip dosyasını inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi yasa gereği zorunludur. Avukatın görevini ba-

66) Danıştay 8. Daire, 10.03.1997 günlü, E.995/2929, K.997/780 sayılı kararı Hazırlık soruşturmasının gizliliği ilkesi sadece müdafi açısından kaldırılmış ve müdafiye bu hak tanınmıştır. Madde kapsamı dışında kalanlar için gizlilik esası korunmuştur." (Yayınlanmamıştır).

ğimsız olarak yapabilmesi için hiçbir şekilde kısıtlanmaması gereken bu hakkının kullanılmasında usul hukuku ve kalem mevzuatınca görevli olanların yükümlülük altına girdiği, bu düzenlemeye aykırı davranışlarda, ilgililerin verilen görevi yapmamaları nedeniyle konusu suç olan bir eylem oluşacağını düşünüyoruz.

Avukatlık Yasasının 2. maddesinin 3. bendinde yapılan değişiklik ile maddede sayılan kurum ve kuruluşların özel hükümler saklı kalmak kaydıyla avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunma yükümlülüğü bulunmakta, ayrıca bu kurum ve kuruluşların avukatların görevlerini yerine getirmesinde yardımcı olma zorunluluğu getirilmektedir.

Değişik haliyle Yasa, yasa metninde adı geçen kurumları, kendilerine bu yolda taahhütte bulunmadıkları hiçbir kişiye ve yetkisini yasadan almayan hiçbir kamu makamına açıklamak zorunda olmadıkları bilgi ve belgeleri, avukatlara sunma şeklinde bir “kamu hukuku yükümlülüğü” altına sokma yoluna gitmiştir⁶⁷.

Avukatın dosya inceleme hakkı, HUMK madde 157’de düzenlenmektedir. “iki taraf veya vekilleri dava dosyasını tetkik ve mütalaa edebilirler” şeklindeki düzenlemeye göre bu hak sadece avukata tanınmıştır. Ancak, hakkın Avukatlık Yasası ile avukatın yanı sıra stajyere de tanınmış olması nedeniyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasındaki sınırlı durumu, Avukatlık Yasasının özel nitelikli yasa olmasından yola çıkarak bu yasadaki kurala göre stajyerin de dosya inceleme yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bu konu HMK Tasarısının “Dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi” başlıklı 165/1. maddesinde ele alınmaktadır. Buna göre (1)“Zabıt kâtibinin gözetimi altında taraflar veya fer’î müdahil dava dosyasını inceleyebilirler. Dava ile ilgili olanlar da bunu ispatlamak kaydı ve hâkimin izniyle dosyayı inceleyebilirler. (2) Gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenebilmesi hâkimin açık iznine bağlıdır”. Bu düzenleme kanımızca sadece davanın taraflarını ilgilendirmekte, taraf vekili olarak görev yapan avukat Avukatlık Yasası ile sahip olduğu haklar kapsamında dosyayı inceleme hakkını kullanabilme gerekmektedir.

67) Ali Cem Budak, *Avukatlık Kanunu’nun 2. Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2004, C. I, S. 1, Y. 2004, sh. 364

6 – DOSYADAN ÖRNEK ALMA HAKKI

Av.K. madde 46 avukata dava ve takip dosyalarını, vekaletname ibraz etmeden inceleyebilme hakkı vermesinin yanı sıra ayrıca fotokopi ve benzeri yollarla örnek alabilme hakkı da vermektedir. Ancak dosya inceleme hakkından farklı olarak avukatın, dosyadaki belgelerin, kağıtların örneklerini almak, fotokopisini çıkartmak istemesi halinde vekaletname ibraz etmesi gerekmektedir. Yasa, vekaletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt ve belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez sözcükleriyle bu kuralı dile getirmektedir. Benzer düzenleme Av.K. madde 2 son bendinde de yer almaktadır “belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır.”

CMK madde 153/1 ile avukatın dava dosyasından istediği belgenin bir örneğini alma hakkı olduğunu belirlemekte, hem de bunu harç ödemeksizin yapabileceğini işaret etmektedir. Bu düzenleme savunmanın önündeki bir engelin kaldırılması anlamına gelen bir davranıştır. Zira, pek çok belge ve tutanaktan oluşan bir dosyanın incelenip, akılda tutulması güç, hatta olanaksız bir durumdur. Ayrıca bir dosyanın mahkeme kalemı gibi gelenin gidenin bol olduğu bir ortamda incelenmesi, ayrıntıların yakalanması, çelişkilerin saptanması, notlar alınması hem çalışma koşulları ve hem de zaman yönünden pek mümkün değildir. Bu nedenle CMK madde 153 avukatın görev yapmasını kolaylaştıran bir madde olarak kabul edilmelidir.

Av.K. madde 46’da 4667 Sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerden biri de avukatın dosyadan aldığı örneklerden onanmasını istemediklerinin harca tabi tutulmaması kuralıdır. Geçmiş uygulama içinde değişik sıkıntıların yaşandığı, bireyin hakkının aramasını daha pahalı hale getiren, yasada açıklık olmadığı için ayırım yapılmaksızın alınan her örnekten harç alınması gibi uygulama aksaklıklarının yaşandığı bu konuda yapılan değişiklik ve sorunların aşılması için maddeye yapılan ekleme yerinde bir düzenlemedir. Ayrıca yukarıda değindiğimiz CMK madde 153 ile uyum sağlanmasına katkıda bulunmuştur.

Dosyadan örnek alma hakkı, avukatın, stajyerinin ve sekreterinin dosyadaki belgeyi yazarak örnekleme yoluyla veya fotokopi alma yoluyla kullanılabildiği bir haktır. Ancak, bunlardan fotokopi alma hakkının kullanılabilmesi için bazı durumların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan biri adalet dairesi içinde foto-

kopi çekirme olanağının var olmasıdır. İkinci olarak, fotokopi alacak olanın gerekli giderleri ödemesidir⁶⁸. Son olarak, kalem personelinin fotokopi alacak avukata veya görevlendirdiği kişiye ayıracak zamanının olmasıdır. Kalemde dosya incelemek ve elle yazıp örnek almak için kalem görevlilerinin ayrıca bir mesai vermelerine gerek bulunmamaktadır. Ancak dosyadan fotokopi alınması için dosyanın kalem görevlisince adliye binası içinde dahi olsa fotokopi makinesinin yanına götürülmesi, iş yoğunluğuna göre gerektiğinde beklenerek fotokopinin alınması ayrıca bir mesaiyi ve zamanı gerektirmektedir. Bu nedenle uygulaması başlamış olan mahkemelerde bilgisayar ortamında duruşma yapma ve dosyalama konusunun bu gibi sorunların aşılmasında büyük yardımcı olacağı kuşkusuzdur.

7 - ÖRNEK KULLANABİLME HAKKI

HUMK md. 65 vekilin vekaletini kanıtlamaya ve vekaletnamenin aslını veyahut onaylı örneğini dava dosyasına konulmak üzere vermesini öngörmektedir. Ayrıca 66. maddesinde vekaletnamenin onaylı örneği verilmiş ise dava sonuna kadar davanın her aşamasında vekaletnamenin aslının istenebileceği belirtilmektedir. 67. maddede vekaletnamenin aslını veya onaylı örneğini vermeyen vekilin dava açamayacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Bu konu Avukatlık Yasasının 56. maddesinde ele alınmaktadır. HUMK'na açıklık getiren bu düzenleme ile, "avukatın çıkardığı vekaletname örnekleri bütün yargı mercileri, resmi daire ve kurumlar ile gerçek ve tüzel kişiler için resmi evrak hükmünde-

68) Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 05.01.1981 günlü ve 145 sayılı yazısı, fotokopilerden harç alınmaması gerektiğini açıklamaktadır. "2345 Sayılı Kanun, özellikle örnek harçlarıyla ilgili hükümler yönünden herhangi bir değişiklik getirmemiş; sadece harç miktarlarını yükseltmiş; bunun yanı başında, parantez içersinde "fotokopiler dahil" deyimini yerleştirmek suretiyle, işlemler bakımından açıklık getirmeyi amaçlamıştır. -Bu bakımdan, kanun değişikliği nedeniyle, öteden beri yapılan uygulamanın değiştirilmesi de söz konusu olamaz. 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 46. maddesi uyarınca, avukatların, ilgili işi ve dava dosyalarındaki kağıtların örneğini, fotokopi yoluyla da olsa, almak istemeleri halinde, bunların olağan gideri dışında herhangi bir harca tabi tutulacağı konusunda yasal bir hüküm yoktur. Tarifenin örnek harcını düzenleyen (D) bölümünde yalnız "Avukatların tasdik ettiği vekaletname suretlerinden (fotokopiler dahil)" harç alınacağı belirtilmiştir. Bu nedenle Avukatlık Kanununun 46. maddesi uyarınca avukatlar tarafından çıkarılacak örnek ve gideri verilmek suretiyle çıkartılacak fotokopilerin alınmasında herhangi bir harç uygulamasına gidilmesine gerek olmadığı; ancak ilgili dairece çıkartılan örneklerle fotokopilerin o merci tarafından onaylanması halinde örnek harcına tabi tutulması gerekeceği düşünülmektedir (İBD, 1981, C. 55, S. 1, sh. 20).

dir” kuralı getirilmektedir. Bu kurala göre avukat, iş sahibinin noterde düzenlettirip kendisine verdiği asıl vekaletnameyi tutmak zorunda olduğu dosyada saklamak ve çıkardığı örneğini aslına uygunluğunu imzası ile onaylayıp HUMK’da belirtildiği şekilde kullanabilme yetkisine sahip olmaktadır.

Avukat tarafından “aslı gibidir” yahut “aslına uygundur” gibi açıklama ile onaylanan bu örnek, bütün yargı mercileri, resmi daire ve kurumlar ile gerçek ve tüzelkişiler de kullanılmakta⁶⁹ ve resmi evrak sonuçlarını doğuran bir belge olarak kabul edilmektedir.

Maddenin gerekçesinde avukatın gördüğü hizmetin niteliği gereği kendilerine itimat edilmesi gerekeceğinden iş sahiplerinden aldıkları vekaletnamelerden çıkaracakları örnekleri, kendi sorumluluğu altında kullanabileceklerini belirtmektedir.

Bu kuralın uygulanışı ile ilgili düzenlemeye yer veren Avukatlık Yasası Yönetmeliğinin 18. maddesinde avukatın imzasıyla onaylayacağı vekaletname örneğinde “vekaletnameyi düzenleyen merciin adı, kayıt numarası, düzenleme tarihi ile avukatın adı, soyadı, vergi numarası, imzası ve ayrıca vekil edenin adı, soyadı, adresi ve yetki kapsamının ne olduğunun bulunması” gerekmektedir.

Avukatın örnek çıkarabilme hakkı sadece vekaletname ile sınırlı değildir. Av.K. madde 56/II’de “asıllarının verilmesi yasada açıkça gösterilmeyen hallerde avukatlar, takip ettikleri işlerde, aslı kendinde bulunan her türlü kağıt ve belgelerin örneklerini bütün yargı mercileri ile diğer adalet dairelerine verebilirler” şeklindeki düzenleme ile avukatın örnek çıkarma yetkisinin vekaletname ile sınırlı olmadığını belirtmektedir. Avukat, aslı kendinde olmak kaydıyla her türlü kağıt ve belgenin örneğini çıkarabilmek hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak onaylayıp verebileceği ya-

69) Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 24.02.1973 günlü, 4-1-9-7/1273/1279 sayılı genelgesinde taşınmazlara ilişkin sözleşme ve tescil işlemlerinin vekaleten yapılması halinde sunulması gereken vekaletname aslı yerine onaylı örneğinin işlem yapmak için yeterli olacağı belirtilmektedir (ABD, Yıl 1973, S. 1, sh. 210). Türkiye Noterler Birliğinin 26.02.1976 günlü, 621/8 sayılı kararında “avukatın aslından çıkardığı örneklerle aynı vekaletnamenin noterlikçe çıkartılan örneği arasında bir fark olmayıp, her ikisi de aynı hüküm ve kuvveti haiz bulunmaktadır” gerekçesi ile avukatın kendisi çıkarıp onayladığı vekaletname örneği ile noterliklerde de işlem yapabileceği vurgulanmakta ve başkası adına işlem yaptırmak için kendisinin çıkarıp imzaladığı vekaletname (örneği) ile noterliğe başvuran avukattan, vekaletnamenin aslı veya noterden onaylı örneğini getirmesinin istenmesinin yasa gereği mümkün olamayacağı” kabul edilmektedir (NBD, Yıl 1976, S. 10, sh. 116).

ni, kullanabileceği yerler adalet daireleri ve yargı mercileri ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Vekaletname örneğini yargı mercilerinin yanı sıra resmi dairelere, kurumlara, gerçek ve tüzel kişilere verebilen avukat, aslı kendinde olan kağıt ve belgeleri sadece yargı mercileri ve adalet dairelerine verebilmektedir.

Günün gelişmiş teknik koşulları içinde örnek çıkarma yerine fotokopi alınarak yapılan bu işlemde Adalet Bakanlığının 01.03.1973 günlü 7092 sayılı mütalaası⁷⁰ gereği örnek olarak kabul edilmekte ve suret harcı ödenerek, vekaletname pulu yapııştırılarak işleme konulmaktadır.

4667 Sayılı Yasa ile Avukatlık Yasasının 56. maddesine eklenen fıkra; avukatların ve avukatlık ortaklıklarının başkalarını tevkil yetkisini haiz oldukları bütün vekaletnamelerini kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekaletname yerine geçen yetki belgesi verebileceğini, bu belgenin vekaletname hükmünde olacağını kabul ederek uygulamada yaşanan çok önemli bir sorunu pratik bir yöntemle çözümlenmiştir.

Av. K. Yönetmeliğinin 18. maddesi ile vekaletname hükmünde olan bu yetki belgesinin tüm yargı mercileri ile resmi ve özel kişi, kurum ve kuruluşlar için hukuken vekaletname işlev ve yetkisini taşıyacağını belirtmektedir. Ayrıca yetki belgesinde yer alacak hususlar da aynı maddede belirtilmiştir. Yetki verenin ve yetkilendirilenin adı, soyadı, barosu, sicil ve vergi numarası ile devredilen yetkinin ne olduğunun ve dayanağının yetki belgesinde yer alması gerekmektedir.

Avukatın onaylayıp sunduğu yetki belgesinden Harçlar Yasasına göre “suret harcı” alınmak istenmiştir. Ancak TBB Yönetim Kurulunun 19.03.2004 günlü 3342-5 sayılı kararı⁷¹ ile “vekaletname yerine geçmek üzere verilen yetki belgesinin harca tabi bulunmadığı” sonucuna ulaşmakla yetki belgeleri için suret harcı ödenmemektedir. Sadece vekaletname pulu yapııştırılmaktadır (Av. K. Y. madde 18).

Avukata tanınan bu hakkın kötüye kullanılması halinde uygulanacak yaptırım Av.K. madde 56/III’te düzenlenmektedir. “Aslı olmayan vekaletname veya diğer kağıt ve belgelerin örneğini

70) Bkz. ABD, Yıl 1973, S. 2, sh. 426

71) TBB Başkanlığının 19.03.2004 günlü 2004/24 sayılı duyurusu

onaylayan yahut aslına aykırı örnek veren avukat” üç yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası” ile cezalandırılmaktadır.

Vekaletname ibrazı HMK Tasarısının 81. maddesinde düzenlenmektedir. “(1) Avukat, açtığı veya takip ettiği dava ve işlerde, noter tarafından onaylanan ya da düzenlenen vekâletname aslını veya avukat tarafından onaylanmış aslına uygun örneğini, dava yahut takip dosyasına konulmak üzere ibraz etmek zorundadır. (2) Kamu kurum ve kuruluşlarının avukatlarına, yetkili amirleri tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip verilmiş olan temsil belgeleri de geçerli olup, ayrıca noterce onaylanmasına gerek yoktur”.

8 – TEBLİGAT YAPABİLME HAKKI

Tebliğat; hukuki işlemlerden hukuki sonuç doğuracak hususta, ilgili kimsenin bilgi sahibi olmasını sağlamak amacıyla yasalara göre yazı ve ilan yolu ile PTT yahut memur aracılığıyla haber verme ve bunu belgeleme işlemi olarak tanımlanmaktadır⁷².

7201 Sayılı Tebliğat Yasasına göre tebliğat PTT idaresi ve yasalarda özel kural olması halinde tebliğatı çıkaran merciin memuru tarafından yapılmaktadır (Teb. K. madde 1, Teb.T. madde 1).

Ancak, vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, avukatlar makbuz karşılığı birbirlerine tebliğat yapabilme hakkına sahip bulunmaktadır (Teb.K. madde 38, Teb. T. madde 58). Bu madde, avukatların yaptıkları görev nedeniyle sahip oldukları ayrıcalıklı bir durumu yansıtan bir maddedir. Bu maddeye göre, adli tebliğat yöntemi uygulanmaksızın, avukat, aynı davada diğer tarafı temsil eden avukata, tebliğini istediği belge ile birlikte tebliğatın içeriğinin, tebliğ eden ile tebliğ edileni ve tebliğat gününü gösterir bir makbuz karşılığında tebliğ edebilme hakkına sahip olmaktadır.

Bu şekilde yapılan tebliğat, PTT aracılığıyla yapılan tebliğatın hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Vekil eliyle yapılan tebliğatta ayrıca tebliğ mazbatasının düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır (Teb.T. madde 59). Tebliğat aşamasında alınacak makbuz, tebliğatın kanıtlanması için yeterlidir. Makbuzun tarihi, tebliğ tarihi sayılmaktadır. Avukatın bu makbuzu, tebliğin yapıldığını kanıtlamak amacıyla mahkeme dosyasına ibraz etmesi halinde dosyaya konulması gerekmektedir.

⁷²) Osman Afşaroğlu, *Tebliğat Hukuku*, Ankara 1990, sh. 17; *Tebliğat konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ejder Yılmaz/Tacar Çağlar Tebliğat Hukuku 2. Cilt*, Ankara 1999

Avukatlık Yasasının 56. maddesi de avukatların özel yöntemle tebligat yapabilmesine olanak sağlayan bir maddedir. Bu maddeye göre avukatlar, vekalet aldıkları işlerde ilgili yargı merci aracılığıyla ve bu yargı merciinin tebligat konusunda bir kararı olmaksızın, diğer tarafa adli kağıt ve belge tebliğ edebilmektedirler. Tebliğ edilen kağıt ve belgelerin birer nüshası, gerekli harç, vergi ve resim ödenmek şartıyla, ilgili yargı merciinin dosyasına konulup saklanmaktadır.

Tebliğat Yasası ile uyum gösteren Avukatlık Yasasının 56 son bendi konuyu biraz daha kapsamlı ele almaktadır. Ayrıca gerekli harç, vergi ve giderleri ödenmek kaydıyla tebliğ edilenin örnekleri yargı dosyasında saklanmaktadır.

Günün teknolojik gelişmeleri ile yargılama faaliyetlerine giren faks ve diğer elektronik iletişim araçlarından tebligat yapabilmekte yararlanmanın olanaklı olup olmadığı tartışılan bir konudur⁷³. Ceza Yargılama Yasasının 43. maddesi, tanığa gönderilecek çağrının telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanarak yapılabilmesini olanaklı kılmaktadır. Ancak bu yolla yapılan tebligat yargılamaya sürat kazandırmakta, çağrı kağıdına bağlanan sonuçları sağlamamaktadır.

9 – DURUŞMAYI TERK HAKKI

Avukatın kamusal nitelikli görevi, iş sahibini yargı mercileri ve diğerleri önünde savunmak, temsil etmektir. Bu nedenle avukat duruşmayı terk edemez. Ancak mesleğini bağımsız olarak yapmasını istediğimiz avukatı, her hal ve koşulda duruşmaya sokmanın, duruşmada hazır bulundurmanın da mesleğin bu niteliğine uygun düşmeyeceğine değinmekte yarar vardır. Bu nedenle Meslek Kurallarının 21. maddesi avukatın ancak, kişisel veya meslek onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmadan ayrılabilceğini kabul etmektedir.

Avukatın duruşmayı terk hakkı başka ülkelerde de benimsenen bir haktır⁷⁴.

Avukatın duruşmayı terk etmesi bir ayrık durumdur. Asıl olan duruşmayı terk etmemesidir. Ayrık durum iki halde karşımıza çıkmaktadır. Biri kişisel nedenler, diğeri ise meslek onurudur.

73) M. Haldun Karacabey, *Avukatlık Kanununun 56'ncı Maddesi Açısından "Faks" İle Tebliğ*, İBD, 1991/1-2-3, sh. 95

74) Faruk Erem, *Meslek Kuralları(Şerh)*, Avukatlık Mevzuatı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2002, sh. 456

Kişisel nedenler, avukatın kişisel anlamda saldırıya uğraması durumudur. Örneğin, iş sahibinin avukata karşı benimsenmesi mümkün olmayan haksız sözlü ve eylemsel saldırılarda bulunması, ona ve ailesine hakaret etmesi gibi. İş sahibinin davranışı bu boyutta olmayıp, kişisel inanca ve anlayışa yönelik olması halinde duruşmayı terk yerine davadan çekilme hakkının kullanılması daha uygun kabul edilmektedir.

Meslek onuru, tüm savunma mesleğine yönelen saldırılarda karşımıza çıkmaktadır. Saldırı, belli kişi ve kişileri değil de tüm avukatları içerdiğinde meslek onuru ön plana çıkmaktadır⁷⁵.

Duruşmayı terk hakkı ile yukarıda IV/3. maddede incelediğimiz çekilme hakkı iki farklı kavramdır. Davadan çekilme hakkı Meslek Kurallarının 38. maddesinde yer almaktadır. Avukatın davayı kovuşturmadan çekinme hakkı olduğu vurgulanan maddedeki hak, "İşi Ret Hakkı"nın bir boyutudur. Serbestçe kullanılan, gerekçe göstermeden kullanılan bir haktır. Duruşmayı terk hakkı ise, ayrık durum olup ancak, belli nedenlerin varlığı halinde kullanılan ve gerekçe göstermek zorunluluğu olan bir haktır. Bu nedenle ikisi arasında fark vardır.

Ayrıca duruşmayı terk eden avukatın daha sonraki duruşmalara girebileceğini kabul ettiğimizde davadan çekilen avukatın böyle bir hakkı bulunmamaktadır.

Bir diğer fark da duruşmayı terk eden avukatın durumu derhal baroya bildirme yükümlülüğünün olmasında karşımıza çıkmaktadır. Davadan çekilme hakkını kullanan avukat için böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır.

Avukatın, mahkeme yargıcından veya başkanından izin almadan duruşma salonundan ayrılması acaba disiplin suçu oluşturur mu? Yahut bu davranış mahkemeye karşı yapılmış

75) TBB Disiplin Kurulunun 08.02.1995 günlü, E.995/50, K.995/54 sayılı kararında "Avukatlar; kişisel onurları ile meslek onurunun zorunlu kıldığı haller dışında duruşmayı terk edemezler. Haklı terk halinde derhal baronun bilgilendirilmesi gerekir. Olayda şikayetli avukatın, davacı vekili olarak üstlendiği bir davanın duruşmasında, tanık dinletme isteminin reddedilmesi üzerine, -bu ne biçim adalet, tanık dinlenmediği takdirde olay aydınlığa kavuşamaz, ben bunu kabul etmiyorum- diyerek duruşmayı terk ettiği, dosyada bulunan tutanak örneği ve şikayetlinin bu tutanak içeriğine uygun beyanları ile sabit bulunmaktadır. Kovuşturma konusu olayda mahkemece verilen ara kararının avukatın kişisel onuruna ve meslek onuruna yönelik bir anlam taşıdığı düşünülemeyeceğinden, kendisini duruşmayı terk etmeye zorlayan bir neden bulunmamaktadır. Kaldı ki, avukat bu hususta baroya bilgi de vermemiştir" gerekçesiyle avukata disiplin cezası verilmiştir (ABD, Y. 1995, S.4, sh. 94).

saygısızlık sayılır mı? Uygulamada zaman zaman karşılaşılan bu düşünceler doğru değildir. “Duruşmayı izinsiz terk etti” diye şikayet edilen avukatlar olmuş ise de duruşmadan ayrılmayı gerektiren hallerin varlığına inanan avukatın bu hakkını kullanması bir izne tabi değildir. Konu olsa olsa iş sahibi ile kendisi arasındaki avukatlık sözleşmesi kapsamında “özen borcu” yönünden ele alınacak bir konudur.

Duruşmayı terk hakkı, tek taraflı kullanılan bir hak olmakla daha sonraki bir aşamada avukatın izharı veya celbi de söz konusu değildir. Duruşmayı terk hakkını kullanan avukatın duruşmaya gelmesi için zorlanması yasaya aykırıdır⁷⁶.

10 - UZLAŞMA İSTEME HAKKI

Dava açılmamış, yahut dava açılmakla beraber henüz ilk duruşması yapılmamış uyuşmazlık konularında, tarafların kendi istem ve iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konularla sınırlı kalmak kaydıyla karşı tarafı uzlaşma görüşmelerine çağırmak, önerinin kabul edilmesi halinde görüşmeleri yönetip uzlaşma sağlanması halinde bunu bir tutanağa bağlayıp, uyuşmazlığı ilam niteliğindeki belge ile çözümlemek yetkisi 4667 Sayılı Yasa ile Avukatlık Yasasına 35/A maddesi ile girmiş ve yalnız avukatların kullanabileceği bir hak olarak yasada yerini almıştır.

CMK 253. maddesinde yer verilen “uzlaşma” konusunda koşulları oluştuğunda Cumhuriyet savcısı tarafından fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirmek bir sonuca ulaşmalarını sağlamak üzere, Cumhuriyet savcısının bir veya birden fazla avukatı “uzlaştırmacı” olarak görevlendirmesi de avukatın tekel hakkı kapsamında üstlendiği adli bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza yargılaması sırasında da uzlaşmaya tabi suçlarda yargıcın, fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirmek bir sonuca ulaşmalarını sağlamak üzere bir ya da birkaç avukatı uzlaştırmacı olarak görevlendirmesi tekel hakkının yeni bir görünümüdür. Daha sonraki düzenlemelerle avukat olamayan hukukçulara da tanınan bu iki durumda avukatla çalışma zorunluluğu ortaya çıkmakta, avukatın tekel hakkı kapsamı içine girmektedir.

03.07.2005 tarihinde kabul edilen ve 14.07.2005 tarihinde yü-

76) Erem, **age**. (Şerh 2002), sh. 458

rürlüğe giren 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununun 24. maddesi, suçlu çocuklar için de uzlaşma kurumunun uygulanmasını hükme bağlamıştır. Burada da avukatın tekel hakkı kapsamında “uzlaştırmacı” olarak görev aldığını görüyoruz.

11 - ÜCRET İSTEME HAKKI

Avukat ile iş sahibi arasındaki ilişki “Avukatlık Sözleşmesi” olarak tanımlanmaktadır. Avukatlık sözleşmesi⁷⁷ Avukatlık Yasasının 11. kısmında, 163 – 175. maddeler arasında yer almaktadır. Avukatlık sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen “tam iki taraflı” sözleşme olup bu sözleşmede avukatın yükümlülükleri; başta “özenle hizmetin yerine getirilmesi” olmak üzere yasa, meslek kuralları, meslek örgütü kararları, mesleki düzen ve geleneklerle belirginleşmekte, iş sahibinin de başta ücret ödeme olmak üzere çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna göre, avukatlık ücreti sözleşmenin bir tarafı için hak, diğer tarafı için de yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avukatlık sözleşmesine konu olan hizmet, Borçlar Hukukunda ele alınan vekalet sözleşmesinden farklı olarak ücret karşılığı yapılan -ivazlı- bir hizmettir. Avukatlık Yasası ücret alınarak işin yapılmasını zorunlu görmektedir. Ücret alınmaması⁷⁸ veya yasa gereği belirlenen ücretten az ücret alınması halinde, disiplin soruşturması açılması ve yaptırım uygulanması gerekmektedir.

Bu yaklaşım, vazgeçilmez Anayasal haklardan olan savunma hakkının yerine getirilmesinde üstlenilen kamusal nitelikli hizmetin, onursal boyutunun yanı sıra mesleğin serbest meslek olarak profesyonelce yapılmasının günün ekonomik koşullarına uyarlanmasının bir sonucudur. “Avukatlık ücreti herhangi bir malın değeri gibi ölçülemez. Bu ücreti, tüm avukatlık mesleğine ilişkin vekardan ve avukatın kişiliğinden ayırmak da mümkün değildir”⁷⁹.

Avukatın ücret almasının “hak” olarak anlaşılması ve bunun

77) Avukatlık sözleşmesi, baro levhasına yazılı, mesleğini serbest olarak yapan avukat ile iş sahibi arasında bağtlanan, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini konu edinen, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir (Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2007, sh.198).

78) Aksi görüş, TBB Disiplin Kurulu, 23.09.2000 günlü, E. 2000/72, K.2000/128 sayılı karar (TBB, Y. 2001, S. 1, sh. 280).

79) Faruk Erem, “Sosyal Ekonomi Açısından Avukatlık Ücreti”, İBD, Yıl 1972 sh. 1079

kabul ettirilmesi mesleğin tarihsel geçmişi içinde uzun uğraşları gerektirmiştir.

Avukatlık ücreti, 4667 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle avukatın vekalet hizmetine karşılık olan meblağ olmaktan çıkmış, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağ ve değer olduğu kabul edilmiştir. Avukatlık ücreti, iş sahibi ile avukat arasında serbestçe kararlaştırılabilen bir ücrettir. Bu durum, mesleğin serbest meslek olmasının sonucudur. Ancak, mesleğin kamusal yönü ve devlet denetiminde yapılan bir meslek olması nedeniyle ücretin belirlenmesi tam anlamıyla serbest bırakılmayıp, alt ve üst sınır getirilmesi uygun bulunmuştur.

Avukatlık Yasası, avukatın alması gereken ücreti vekillik ücreti yerine “avukatlık ücreti” olarak adlandırmaktadır. Bu değişikliğin temelinde konunun vekillik sözleşmesinin dışında kendine özgü kuralları olan ayrı bir sözleşme ile açıklanması yatmaktadır.

Konuyu hukuk yargılaması içinde değerlendirdiğimizde iki farklı maddede düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bunlardan biri HUMK 417. maddenin ilk bendinde yapılmaktadır. Burada mahkeme masraflarının aleyhine hüküm verilenden alınmasına karar verilmesi öngörülmektedir.

İkinci düzenleme 423. madde ile yapılmakta, bu madde ile mahkeme masraflarının nelerden ibaret olduğu belirtilmekte, maddenin 6. bendinde “Davanın ehemmiyetine göre kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri”nin mahkeme masrafları arasında yer aldığı belirtilmektedir.

HMK Tasarısının 327. maddesinin h) bendi “vekil ile takip edilen davalarda kanun ve tarife gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti”ni yargılama giderleri kapsamına almakta, 330. maddesiyle “yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir” kuralını getirmektedir.

Mahkemeler ve yargı yerlerince haksız çıkandan alınacak vekalet ücreti Avukatlık Yasasının 169. maddesine yer almaktadır. Buna göre “Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz” şeklinde belirlenmiştir. Ücret tarifesi ise yasanın 168. maddesinde ele alınmaktadır. Bir yıllık bir yürürlük süresi için Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenmektedir.

Yargı mercilerince davada haksız çıkanın ödemesine karar

verilen vekillik ücretinin kime ait olduğu konusu Yasanın 164/son maddesinde ele alınmaktadır. “dava sonunda, kararla tarife dayandırılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas mahsup edilemez, haczedilemez” kuralı gereği yargı yerlerince tarife göre hükmolunan avukatlık ücreti avukat ait olmaktadır.

2001 yılında 4667 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra mahkemelerce davada görev yapan adına hükmolunan bu ücret daha sonra önceden olduğu gibi davanın tarafları adına hükme bağlanmaya başlanmıştır. Ancak maddenin açıklığı nedeniyle kararda taraf adı yazmakla beraber avukata ait sayılmaktadır.

V – SONUÇ

Hukuk yargılamasına yetki verilmesi halinde temsilci olarak katılan ancak katılması halinde Avukatlık Yasasında, Meslek Kurallarında ve diğer yasalarda kendisine tanınan hakları kullanarak, hükmün oluşmasında kamu hizmeti yapan avukatın üstlendiği görevi daha etkin ve nitelikli yapabilmesi, yargılamanın kurucu ögesi haline gelebilmesi son derece önemli bir konudur.

Bireyin savunma hakkının bu işin uzmanı sayılan ve çalışmalarını devletin denetim ve gözetiminde yapan avukatlarca kullanılması, hukuk yargılamasının daha kısa sürede sonuçlanması, biçimsel ve öze ilişkin eksikliklerden kaynaklanan hak kayıplarının en aza inmesi, daha sağlıklı ortamda yargılamanın gerçekleşmesi, kanıtların eksiksiz toplanıp, adil yargılanma koşullarında değerlendirilerek hüküm kurulması için avukatların hukuk yargılamasında gerçek yerlerini almaları kaçınılmaz hale gelmiş bulunmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasında yapılacak değişikliklerin konumuza ilişkin olanlarının bu düşüncelerle ele alınıp, yenden gözden geçirilmesini ve en kısa sürede yasa haline gelmesini diliyoruz.

Hükümetin Anayasa Önerisinde Yargı'ya İlişkin Düzenlemeler Hukuk Devleti Adına Kaygı Vericidir

■ Mehriğül KELEŞ*

Anayasaların üç temel işlevi vardır: 1)Toplumun dayandığı temel prensip ve değerleri ifade etmek-vurgulamak (**ideolojik manifesto**); 2) Devlet organlarının kuruluş ve işleyişini, yetki ve sorumluluklarını ve aralarındaki ilişkiyi düzenleyerek siyasi iktidarın organize bir biçimde kullanılmasını sağlamak (**iktidar haritası**), 3) Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini belirlemek, oluşturulan siyasal organizasyon şemasını hukukla cihazlamak suretiyle anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü, Anayasal hukuk devletini gerçekleştirmek ve böylece siyasi iktidarı kullanan organları meşrulaştırmak.

Anayasal devletlerde,siyasal iktidar, yasama, yürütme ve yargı organları tarafından birlikte kullanılır. Bu organların birinin diğerine üstünlüğü sözkonusu değildir. Her üç organ da hukukun çizdiği sınırlar içinde hareket ederler.

Hükümetin, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığındaki bir Komisyona hazırlattığı anayasa önerisi, gerek hazırlanış yöntemiyle (ısmarlama) toplumun bütün kesimlerinin ortak değer ve istemlerini yansıtmaması, gerekse siyasi iktidarı kullanan aktörlerin yetki ve sorumluluklarını iyi dengelememesi, siyasi iktidarın keyfi kullanımını engelleyecek fren ve kontrol mekanizmalarını etkisizleştirmesi nedeniyle birçok açılardan eleştirileri hak et-

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

mektedir. Ancak burada, yalnızca Yargı'ya ilişkin yapılan düzenlemelerdeki eleştirilerimizi ifade etmekle yetiniyoruz.

HÜKÜMETİN ANAYASA ÖNERİSİNDE YARGI YENİDEN YAPILANDIRILARAK ETKİNLİĞİ SINIRLANDIRILMAKTA VE SİYASİ ETKİYE AÇIK HALE GETİRİLMEKTEDİR

Hukuk Devleti, yine devlet iktidarına dayanmak suretiyle, devlet iktidarının kötüye kullanılmasının engellenmesini ifade eder ve bunu hukuk kuralları ve yargı vasıtasıyla yerine getirir. Yargı bu nedenle *“negatif kontrol edici iktidar”*dır ve *“Pozitif yürütücü iktidar”*ın keyfiliğini denetleyerek onu anayasal ve hukuksal sınırlar içinde tutmaktadır.¹

Hukuka ve Adaletle bağlı kalarak Egemenliği ya da siyasal iktidarı millet adına kullanan üç erkten biri olan Yargı, aynı zamanda, önündeki somut olaydan yola çıkarak hukuk düzeni üzerinde şekillendirici bir etkiye sahiptir.

Bu anlamda, hukuk düzeninin *insanlara yansıyor biçiminden* sorumlu olan yargı, somut davalar bakımından *Adaleti gerçekleştirmek işlevinin* yanı sıra devlet organlarının hukuka uygun işlem yapıp yapmadıklarını, yasaların nasıl uygulandıklarını da *denetler*. Yargı, oyunun kurallarını netleştirerek, Hukuk Devleti'nin yerleşmesinde hayati katkıya ve öneme sahiptir.

Hukuk düzeninin kurumlaşması, hak ve özgürlüklerin güvencelerinin ilerletilmesi ve derinleştirilmesi, Demokrasinin işleyiş şekil ve şartlarının güvence altına alınarak demokrasinin pekiştirilmesinde de yargının rolü azımsanamayacak güçtedir.

Öte yandan Mahkeme kararlarının etkileri bağlamında yeniden şekillendirici, onarıcı ve düzeltici etki hukuk devletinin gelişmesinde ve yerleşmesinde büyük öneme sahiptir.

Ancak bu işlevlerin yerine getirilebilmesi, yasama ve yürütmeden bağımsız bir yargı ile mümkündür. Bu nedenledir ki *“yargı bağımsızlığı”* Hukuk Devleti'nin olmazsa olmaz koşuludur.

Yargının siyasi etkilerden uzak tutulması, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması, *siyasi iktidarın hukukla sınırlanmasında* iki önemli basamağı oluşturmaktadır.

1) GÜLSOY M.Tevfik, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Yetkin yayınları, Ankara 2007, s.253

Hükümetin, hazırlattığı Anayasa Taslağı, siyasal iktidar üzerindeki kontrol ve denge mekanizmalarının çoğunu ortadan kaldırmakta, en önemli kontrol ve denge mekanizması olan yargıyı yeniden yapılandırmak suretiyle etkinliğini sınırlamakta ve siyasi etkiye açık hale getirmektedir. Şöyle ki;

I. ANAYASA ÖNERİSİNDE, KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ YAYGINLAŞTIRAN VE BUNUNLA YASAMA VE YARGI DENETİMİNİ AŞMAYI ÖNGÖREN BİR YAPI TASARLANMIŞTIR.

AKP Hükümeti, Anayasa önerisinde, Kanun Hükmünde Kararnamelerle Ülkeyi yönetmeye hazırlanmakta ve bu alanda Anayasa Mahkemesi denetimini sınırlayarak yasama ve yargı engeline takılmadan kanun gücünde işlem yapmak istemektedir. Bu ise Süper başkancı Latin Amerika ülkelerinde görülen Yasama organının bypass edildiği ve doğrudan yürütme kararnameleriyle ülkenin yönetildiği “delegasyoncu demokrasi” tabir edilen bir yönetim biçimini çağrıştırmaktadır.

Böyle düşünmemize neden olan maddeleri irdelersek şu tablo karşımıza çıkmaktadır;

Yasama yetkisinin düzenlendiği Taslağın 6.maddesinde KHK'lara ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilerek KHK düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin devredilmezliğinin bir istisnası olduğu ifade edilmiş, 68. maddede ise TBMM'nin Bakanlar Kurulu'na KHK çıkartma yetkisi verirken artık kapsam, ilke, amaç unsurlarını belirtmesini aramamıştır. Yetki yasasında, KHK çıkartma yetkisinin süresini, birden fazla çıkarılıp çıkarılmayacağını ve konusunu belirtmesi yeterlidir. Üstelik Anayasa Mahkemesi'nin KHK'ları denetleme yetkisi sınırlandırılarak, sadece KHK'nın yetki yasasının unsurlarına uygunluğu ile kişisel ve siyasal hakların KHK ile düzenlenmesi yasağına uyulup uyulmadığı noktasında Anayasa Mahkemesi denetimi kabul edilmiştir. Yani Anayasa Mahkemesi KHK'nin içeriği konusunda Anayasaya aykırılık denetimi yapamayacaktır.

Bu düzenleme ile şunlarla karşılaşmak olasıdır²;

2) Aynı yönde değerlendirmeler için Bkz.ÖZSOY Şule, 18-19 Ekim 2007 tarihli Türkiye Barolar Birliği'nin düzenlediği “Eksiksiz Demokrasi Paneli”nde yaptığı konuşma, (Eksiksiz Demokrasi, TBB Yayınları: 133, Ankara 2007), s.101

- Bu yetkiyi alan hükümetler, artık tasarı sunup, komisyonlardan geçirip, TBMM Genel Kurulunda tartışıp, gerektiğinde muhalefeti ikna edip, tasarımı yasalaştırmaya uğraşmayacaklar, yasama engeline takılmadan kanun gücünde kararname ile ülkeyi yöneteceklerdir.

- KHK çıkartılması mümkün olmayan kişi hakları ve siyasal haklar dışında, sosyal ve ekonomik haklar da dahil olmak suretiyle her konuda KHK çıkartabileceklerdir.

- Sadece genel konusu belirtilmek kaydıyla alınan KHK çıkarma yetkisi çerçevesinde torba yetki devirleri gerçekleştirebileceklerdir.

- KHK çıkarma yetkisini alan hükümetler, muhalefet partilerini hiçbir şekilde muhatap almayacaklar, muhalefet partilerinin bu düzenleyici işlemlere katkı koymaları ve yasama faaliyetinde bulunmaları engellenecektir.

- Anayasa Mahkemesi'nin KHK konusundaki denetim yetkisi sınırlandırıldığından, çıkartılan KHK'lar içerik bakımından Anayasaya aykırı olsa bile geçerliliklerini koruyacaklar, aynı içerikte kanun çıkartılmış olsaydı iptal edilebilecek olan KHK'lar hukuk düzeninde varlıklarını devam ettirecekler ve bundan Hukuk Devleti zarar görecektir.

- Sonuçta bu düzenlemeler, kişiselleşen gücün önündeki kontrol ve denge mekanizmalarını zayıflatarak, Hükümetin, siyasal muhalefet ile, yargı ile, Anayasa Mahkemesi ile ve hatta Anayasa ile kendisini sınırlı hissetmemesine yol açacak ve bundan Anayasal düzen ve demokrasi zarar görecektir.

- Bu düzenlemeler, Yasama yetkisinin büyük oranda Yürütme devri anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkememiz, KHK'ların, *ancak ivedilik gerektiren konularda, kısa süreli yetki yasalarıyla, etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeler gerektirdiği durumlarda* yürürlüğe konulabileceğini ve bu yapılırken de çıkartılacak yetki *yasasının “..Anayasanın belirlediği öğeleri belli bir içeriğe kavuşturarak somutlaştırması ve verilen yetkiyi açıkça belirleyerek Bakanlar Kurulu'na çerçeve çizmesi”* gerektiğini belirterek KHK çıkartma yetkisinin *“yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek bi-*

çimde yaygınlaştırılıp genelleştirilmemesi” gerektiğini tesbit etmiş, böyle uygulamaların Anayasaya aykırı olacağını belirtmiştir (Bkz. AYM., 2000/ 45 E., 2000/27 K., 5.10.2000 tarihli karar).

Görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasaya aykırı bulduğu Kanun Hükmünde Kararnameler uygulaması şekli, bugün Hükümetin Anayasa önerisi ile Anayasal madde olarak düzenlenmeye çalışılmaktadır.

Öte yandan, Hükümetin Anayasa önerisiyle öngörülen bu düzenlemeler, milli iradenin gerçekleşmesini engelleyici niteliktedir. Milli irade, Parlamento çoğunluğunun iradesi değildir. Bir ke-re seçimlere *Millet* değil, *halk* katılmaktadır. *Halk* ise, milletin bugün yaşamakta olan bölümünü ifade eder. Bu bakımdan olsa olsa parlamento çoğunluğunun iradesini “*halk iradesi*” ile açıklamak mümkün olabilir ki bu da yanıltıcıdır. Çünkü seçimlere halkın tamamı değil, **seçmen** olmaya hak kazanmış yetişkin bir bölümü katılmakta, çocuklar ve yasal engeli bulunanlar katılamamaktadır. Öte yandan, seçim sistemine ve seçimlere katılma oranına göre parlamentoda oluşan çoğunluk, seçmen kitlesinin azınlığının siyasal tercihi olarak da tezahür de edebilmektedir. Seçimler, halkın iradesini ölçmeye yarayan en önemli araçlardır ve halkın iradesinin büyük bir kısmını parlamentoya yansıtırlar. Ancak halkın iradesinin bir kısmı parlamento dışında da kalabilir. Dolayısıyla parlamento çoğunluğu, seçimlerden başarıyla çıkmış olanların siyasal tercihini yansıtmakta ve halkın iradesini de periyodik seçimlere indirgemek mümkün bulunmamaktadır.³ Öte yandan Demokrasilerde **halk, “Çoğunluk + azınlık”** olarak kabul edilmekte, azınlıkların çoğunluğa dönüşebilme olanaklarının bulunduğu ve bu hakları bütün yurttaşların kullandığı rejimler demokrasi olarak nitelendirilmekte, çoğunluğa verilen yönetme hakkı, azınlık haklarının verilmesi karşılığında meşru kabul edilerek muhalefet de iktidar kadar önemli bir halk egemenliği organı olarak değerlendirilmektedir⁴.

Bu bakımdan,oy torbasını sırtına alan herkes “*milli iradeyi ben temsil ediyorum.*” diyemez. Parlamento çoğunluğu, milli iradeyi temsil etmediği gibi halk iradesinin de tek temsilcisi değildir. **“Milli irade, anayasal sistem içerisindeki siyasal karar organ-**

3) GÜLSOY M.,age, s.118

4) SARTORI Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev. Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU-Mehmet TURHAN), Yetkin yayınları, Ankara 1996,s.34

*larının artı denetim organlarının birlikte iradesidir. Dolayısıyla, parlamentonun kabul ettiği bir kanun, milli irade değildir, çoğunluğun iradesidir o, siyasi tercihtir*⁵. Hukuk Devleti'nde çoğunluğun iradesi ile Parlamentoda kabul edilen kanun, kanuna itiraz hakkı olanların ve kanunu iptaline yetkili olanların iradesinin birleşmesi suretiyle milli irade ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.⁶ Bu nedenle parlamento tasarruflarının anayasallığını denetlemek, parlamentonun yetkisini üstlenmek değil, bu yetkinin genel iradeye uygun olup olmadığını belirlemektir. Anayasal denetim organları, bu işlevleriyle genel iradenin oluşumunu engelleyici olmaktan ziyade, katkıda bulunmaktadır.⁷

Bu açıklamalar ışığında, parlamentonun kabul ettiği kanun dahi, kabul anında milli iradenin ürünü olarak kabul edilmiyorsa, Hükümetin anayasa önerisinde Bakanlar Kurulunun çıkaracağı KHK'ların milli irade ürünü olduğunu söylemek mümkün müdür? Halkın iradesinin Parlamente'ye diğer yansıması olan Siyasal muhalefetin Bypass edilerek bu düzenleyici işlemlerin oluşumundaki katkısının ve yasama işlevinin engellenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin denetimi sınırlanarak KHK'larla ilgili milli iradeye katkısının engellenmesi, Anayasal kontrol ve denge mekanizmalarını altüst ederek demokrasinin içini boşaltmaktan başka bir şey değildir.

II- HÜKÜMETİN ANAYASA ÖNERİSİ İLE, SİYASİ İKTİDARI DENETLEYEN YÜKSEK MAHKEMELER SİYASİ ETKİYE AÇIK HALE GETİRİLMEKTEDİR

Önerilen Anayasa taslağı ile, siyasal iktidarı denetleyen iki yüksek yargı organı olan Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, siyasi etkiye açık hale getirilmektedir.

5) YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Anayasa Mahkemesi'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum'da "Sunulan Raporlar Kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli", Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004, s.160.

6) Bkz. ÇAĞLAR B., "Anayasanın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", (Anayasa Yargısı 8) AYM Yayını, Ankara 1991, s.30, Çağlar bu makalesinde, Cf.M.Troper'in "yorumun gerçekçi teorisi" çerçevesinde yaptığı değerlendirme sonucunda Anayasa Mahkemesi'ni "kısmi yasama organı" olarak nitelendirmekte ve "yasanın anayasaya uygunluğunu denetlemenin", yasanın "genel iradeyi ifade edip etmediğini denetlemek" anlamına geldiğini ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'nin Kısmi yasama organı özelliği taşıdığını belirtmektedir.

7) TUNÇ Hasan, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.26-27; Aynı yönde bkz. YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Türk Anayasa Hukukunda Anayasallık Bloku, İÜHF yayını, İstanbul 1993, ., 9-10; ÜNSAL Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, AÜSBF yayını, Ankara 1980, s.28

Anayasa Mahkemesi üyelerinin sayısı 11'den 17'ye çıkarılmakta, bunlardan 8 üyeyi TBMM(3/5 çoğunlukla), kalan 9 üyeyi ise Danıştay, Yargıtay ve Sayıştay tarafından kendi başkan ve üyeleri arasından seçilmektedir. (md.112) Mahkeme 13 üye ile toplanıp katılanların salt çoğunluğu ile karar verecektir. Anayasa değişikliklerinde iptale ve siyasi parti davalarında kapatmaya karar verilebilmesi için üye tamsayısının üçte iki oy çokluğu şarttır (md.115).

Anayasa Mahkemesi'nde TBMM'nin seçtiği üyelerin gerektiğinde belirleyici çoğunluğu oluşturabileceği bir yapılanma öngörülmektedir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yargı bağımsızlığı için, Anayasa Mahkemesi üyeleri hukukçulardan oluşmalıdır. Üyelerin seçimi 1. sınıfa ayrılmış hakim ve savcılara bırakılmalı ya da bu Yüksek yargı organları, Hukuk Fakülteleri ve Türkiye Barolar Birliği'nin önereceği hukukçu adaylar, TBMM'ce nitelikli çoğunlukla seçilmelidir

Danıştay'ın yapılandırılmasında ise Danıştay üyelerinin 1/4'ünün **Bakanlar Kurulu** tarafından seçileceği öngörülmektedir. Yani, gerektiğinde bakanlar kurulu kararlarının hukukiliğini denetleyecek bu Yüksek yargı organının üyelerini, denetlenecek organa seçtirmektedirler. **Denetime tabi organ, denetleyecek organı seçmektedir.**

Bu husus, yargı bağımsızlığına, kuvvetler ayrılığına tamamen ters olduğu gibi, **"Hiç Kimse Kendi Mahkemesinde Yargıç Olamaz"** genel hukuk ilkesine de aykırılıklar içermektedir.

Danıştay üyelerinin seçimi de kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı çerçevesinde tamamen yargıya bırakılmalıdır.

Yine Anayasa taslağında Danıştay'ın Tüzük çıkarma yetkisi ile tüzük tasarılarını inceleme görevi kaldırılmıştır(md.122).

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay üyelerinin görev süreleri 9 yıl ile sınırlandırılmıştır.

III- ANAYASA ÖNERİSİNDE, HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU (HSKY) YENİDEN YAPILANDIRILARAK SİYASİ ETKİYE AÇILMIŞ OLUP BUNDAN BÜTÜN YARGI SİSTEMİ ETKİLENECEKTİR.

Hükümetin Anayasa önerisinde, **HSKY üyelerinin (17 asıl 4 yedek üye) bir kısmının (5 asıl, 1 yedek üye) salt çoğunlukça**

TBMM'ye seçtirilmesi, kalan üyelerin Yargıtay, Danıştay ve 1. sınıfa ayrılmış hakim ve savcılar tarafından seçilmesi öngörülmüş, Kurul kararları İdari yargı denetimine açılmış, üyelerin görevi 4 yılla sınırlandırılmış, Adalet Bakanlığı müsteşarının kurulun doğal üyesi olduğu kabul edilmiştir.

Görüleceği üzere, hakimler ve savcıların mesleğe kabulleri, özlük işleri, görevde yükselmeleri, disiplin işlemleri ,denetimleri v.s. bakımından yargı sistemi içinde bir üstbirlik konumu nedeniyle yargı bağımsızlığının sağlanmasında çok önemli olan bu kurumun üyelerinin önemli bir bölümünü TBMM'ye, yani gerçekçi ifadeyle yasama çoğunluğuna (yürütmeye) seçtirmek, doğru-
dan yargının bütününe müdahale anlamına gelmektedir.

Yargıtay üyelerinin tamamının, Danıştay üyelerinin 3/4'ünün (mevcut anayasada 1/4) HSYK tarafından seçilmesinin öngörülmesi, bu yüksek yargı organlarını siyaseten etkileme amacını gözler önüne sermektedir.

Kuvvetler Ayrılığına, yargının bağımsızlığına açıkça aykırı bu düzenleme ile HSKY'ya seçilme beklentisi nedeniyle Hakimler ve Savcılar TBMM ve Yürütme organının manevi baskısı ve nüfuzu altına alınmak istenmektedir.

IV. ANAYASA ÖNERİSİNDE, GÖRÜLMEKTE OLAN BİR DAVADA MECLİS ÇOĞUNLUĞUNUN YARGIYA MÜDAHALESİNE OLANAK VERECEK DÜZENLEME YER ALMAKTADIR

AKP Hükümetinin Anayasa önerisinde, ***“Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”***nın düzenlendiği 106. maddenin 3. fıkrasında; ***“Görülmekte olan bir davayı etkilemek amacıyla yasama organında yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndeki araştırma ve soruşturma komisyonlarının faaliyetleri bu hükmün dışındadır”*** denilmek suretiyle devam eden yargılamalarla eş zamanlı araştırma ve soruşturma komisyonları kurulabileceği ve bu komisyonların yargıya müdahalesine olanak tanınabileceği görülmektedir.Şemdinli komisyonu tartışmaları anımsandığında, bu olasılığın göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

V. ANAYASA ÖNERİSİYLE ANAYASA MAHKEMESİNİN YETKİLERİ VE DENETİMİ KISITLANMAKTADIR

Hükümetin anayasa önerisi ile Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinde yapılan kısıtlamalar şu şekilde özetlenebilir;

- Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzüğü'nü denetim yetkisi kaldırılmış, içtüzük çıkartılmadan bir ön denetim mekanizması getirilmiştir. Buna göre TBMM İçtüzüğü TBMM'de kabul edilmesinden itibaren ön denetim için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir. Bu süre içinde başvurulmadığı takdirde, artık İçtüzüğü'nün anayasaya aykırılığından bahisle iptal davası açılmaz ve iptal kararı verilemez. Yani Anayasa Mahkemesi artık "Eylemli içtüzük ihlali" nitelendirmesinde bulunamayacak ve bu yönde iptal kararları veremeyecektir.

- Yukarıda konunun girişinde de açıkladığımız üzere, Anayasa Mahkemesi'nin KHK'ları denetleme yetkisi sınırlandırılarak sadece KHK'nın yetki yasasının unsurlarına uygunluğu ile kişisel ve siyasal hakların KHK ile düzenlenmesi yasağına uyulup uyulmadığı noktasında Anayasa Mahkemesi denetimi kabul edilmiştir. Yani Anayasa Mahkemesi KHK'nın içeriği konusunda Anayasaya aykırılık denetimi yapamayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin KHK konusundaki denetim yetkisi sınırlandırıldığından, çıkartılan KHK'lar içerik bakımından Anayasaya aykırı olsa bile geçerliliklerini koruyacaklar, aynı içerikte kanun çıkartılmış olsaydı iptal edilebilecek olan KHK'lar hukuk düzeninde varlıklarını devam ettirecekler ve bundan Hukuk Devleti zarar görecektir.

- Anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil bakımından denetlenmesindeki Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini sınırlandıran anlayış devam ettirilmiş ve Anayasa değişikliklerinde ve siyasi parti kapatmalarında Mahkemenin 3/5 yerine daha güçleşmiş bir çoğunluk olan 2/3 çoğunlukla karar alması gerektiği düzenlenmek suretiyle iptal kararı verilmesi zorlaştırılmıştır.

- Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü durdurma kararı vermesi, iptal kararından daha güç bir çoğunluğun kararına bağlanmıştır. Önerilen bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesi salt çoğunlukla iptal kararı verebilirken, 3/5 çoğunlukla ancak yü-

rütmenin durdurulması kararı verebilecektir. Anayasa Mahkemesinin kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesi ile birlikte bu düzenleme düşünüldüğünde, iptale kadar geçecek sürede yürütmenin durdurulması kararı zorlaştırıldığından, anayasa-ya aykırı düzenlemelerin varlığı devam edecek ve bundan Hukuk Düzeni zarar görecektir.

SONUÇ:

Anayasalar, Devletin temel yapılanmasını, siyasal hayatın hukuki çerçevesini çizerek iktidarı kullanan organların görev sınırlarını belirler ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvenceye alırlar. Bu işlevlerine paralel olarak anayasalar, öngördükleri Anayasal düzenlerini, örneğin “Demokratik laik sosyal bir hukuk devleti”ni gerçekleştirmek üzere iktidar yetkilerinin kötüye kullanılmasını önlemek üzere kontrol ve denge mekanizmaları kurarlar. Bu mekanizmalardan en önemlisi, devleti hukukla cihazlamak suretiyle siyasal iktidarı denetleyen ve kötüye kullanılmasını engelleyen, anayasal düzenin kurallarına göre işlemesini sağlayan, hukuk devletinin yerleşmesinde en önemli katkıya sahip yargı’dır.

Hükümetin Anayasa önerisi, getiriliş biçimiyle, önerdiği anayasal sistem ile, mevcut anayasal dengeleri ortadan kaldırıcı, kontrol ve denge mekanizmalarını zayıflatıcı niteliktedir. Önerilen Anayasa, ***“Kişiselleşen bir gücün önündeki kontrol ve denge mekanizmalarını kaldırmayı hedefler görünmektedir. Türkiye’nin ihtiyaç duyduğu anayasa, bir siyasi iktidarın ihtiyaçları doğrultusunda ısmarlanarak yapılmış bir anayasa değildir”⁸***.

Anayasa önerisindeki Yargı’nın etkinliğinin zayıflatılarak siyasal baskıya açık hale getirilmesi, anayasal dengelere ve hukuk devletine zarar verecektir. Bu bakımdan, getirilen Anayasa önerisinin bütünü yanında, Yargıya ilişkin düzenlemelerinin de kabul edilebilirlik yanı bulunmamaktadır.

8) ÖZSOY, Aynı panel konuşma metni, s.104

Haksız Tutuklama Sebebiyle Tazminat Davaları

■ Muammer YURDAKUL*

466 sayılı kanun dışı yakalanan ve tutuklananlara Tazminat verilmesine hakkındaki kanun 1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Özellikle ülkemizde, her dönem haksız tutuklamaların olduğu da göz önüne alındığı takdirde bu kanun boşluğu doldurmaktadır. Haksız tutuklananlara tazminat verilmesi konusunda ilk düzenleme 1963 Anayasası'nda kendini gösterir. Ancak 3 yıl aradan sonra Anayasa'daki düzenleme doğrultusunda 466 sayılı Kanun Dışı Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Hakkındaki bu özel kanun yürürlüğe girmiştir. Daha sonra, 1982 Anayasası'nda benzer bir düzenleme görülmektedir.

Dönem : 1

Toplantı : 2

MİLLET MECLİSİ S. Sayısı: 457

(*) Avukat, İzmir Barosu Staj Eğitim Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi, İzmir Barosu Staj Eğitim Merkezi Ceza Bölümü Eğitmeni, Türkiye Barolar Birliği İzmir Barosu Delegatesi

**KANUN DIŞI YAKALANAN VEYA TUTUKLANAN KİMSELERE
TAZMİNAT VERİLMESİ HAKKINDA KANUN TASARISI VE GEÇİ-
Cİ KOMİSYON RAPORU (1/544) HAKKINDA KANUN TASARISI**

T.C

Başbakanlık

Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi

Sayı: 71- 2116/4285

14.9.1963

MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA

Adalet Bakanlığınınca hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine arzı Bakanlar Kurulunca 13.9.1963 tarihinde kararlaştırılan “kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kimselere tazminat verilmesi hakkındaki kanun tasarısı” ve gerekçesi iliőik olarak sunulmuőtur.

Gereğinin yapılmasını rica ederim.

Başbakan

GEREKÇE

Kamu yararına baővurulan ve geçici tedbir mahiyetinde olan tutuklama müessesesinin kiőı hürriyetini kayıtlayan ağır ve fakat zaruri bir muamele olduğu aőıkârdır. Bu sebeptedir ki bu tedbire zaruri olduğu ölçüde başvurmak iktiza eder. Bu zaruretin sınırlarının aşılması asla tecviz edilemez. Tabiidir ki, zaruretin ölçüsünü takdir edecek hâkimdir. Bu tedbirin hâkim tarafından alınması, kiőı hürriyeti gibi pek mühim bir mesele üzerinde keyfiliğe kaçılmaz düşüncesini de bertaraf edecek nitelikte değildir. Bu konuda haklı olarak endiőeye düşen ve kiőı hürriyetinin geliőigüzel zedelenmemesini ve bu hususta gerçekten bir kanun hâkimiyetini temin ve keyfiliği önlemek için Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu hususta temel prensipleri belirlemek suretiyle kiőının dokunulmazlığı ve güvenliği meselesini teminat altına almış bulunmaktadır.

Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında “kiőı dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamaz” ve 30. maddesinde de “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan ancak kaçma-

yı ve delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim kararı ile tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilmesi aynı şartlara bağlıdır.

Yakalama ancak suçüstü halinde veya gecikmede sakınca bulunan hallerde yapılabilir. Bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan ve tutuklanan kimselere yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddianın yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekmektedir.

Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, 24 saat içerisinde hâkim önüne çıkarılır. Ve bu süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun kılınamaz. Yakalanan veya tutuklanan kimse hâkim önüne çıkarılınca durum hemen yakınlarına bildirilir.

Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanunlara göre Devletçe ödenir. Hükümlerini vazetmiş bulunmaktadır.

Haksız tutuklamalar sebebiyle verilecek tazminatın hukuki mahiyeti üzerinde şimdiye kadar muhtelif görüşler ortaya atılmış bulunmaktadır.

Bir Kısım Hukukçular:

Devletin tazminat borcu tamamen ‘hukuki sorumluluk’ haksız fiil, başkasının fiilinden dolayı sorumluluk çerçevesi içerisinde mütalaa etmektedirler. Bu görüşlerin neticesi olarak hakimler dikkatli davranacak ve yersiz tevkifler azalacaktır.

Bazı Müelliflerce:

Tutuklama, şahıs hürriyetinin istimlâki ve ödenen tazminat da “istimlâkin bedelidir” denilmektedir.

Üçüncü Bir Gurupta:

Tazminatı “riskle” izah etmektedir. Teorik olarak her vatandaş için aynı derecede mevcut olan “tutuklama riski” pratikte yalnız bir kısım vatandaşlar için tahakkuk etmektedir. Kovuşturma sonunda sebepsiz yere tutuklandıkları anlaşılan kimselerin bu yüzden uğradıkları zararın tazmini icap eder.

Dördüncü Anlayış:

Devletin tazminat borcu şibih cürümden doğan bir borçtur.

Bazı Müelliflere Göre de:

Hukuka bağlı Devlet telakkisinin benimsenmesi neticesi Devletin sorumluluğunu kabul zaruri ve mantıki görülmektedir.

Son Görüş:

Devlet organlarına organik bir bağla bağlı bulunduğuna göre, bu organlar tarafından yapılan muamele doğrudan doğruya bizzat Devlet tarafından yapılmış gibidir. Hâkimler de devlet organı oldukları faaliyetlerinin sebep olduğu zararlardan dolayı Devletin sorumluluğunu tabii bulmaktadır. Başka bir deyimle tazminatın esası kusursuz mesuliyet “objektif mesuliyet” dayanır.

Anayasamıza gelince, Anayasa koyucu 30. ncu maddenin gerekçesinde “sonuncu fıkradaki tazminat hükmü de şahıs dokunulmazlığı hakkında konulmuş olan yukarı ki hükümlerin ciddiye alınmasının kaçınılmaz bir müeyyidesi ve adaletin zaruri bir neticesi olarak kendisini kabul ettirmektedir.” Demek suretiyle, tazminat ilkesinin dayanağını Hukuk Devleti kavramı ile adalet duygusunu teşkil ettiğini açıkça göstermektedir.

Kanunda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut bu işlemlere haksız olarak mazur kaldıkları sonradan anlaşılan kimselerin, bu sebeplerle uğradıkları zararların giderilmesi Anayasanın 40 ncı maddesinin son fıkrası hükmü ile milli hukukumuzda girmiştir.

(TC. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Sayı: 71-2126/4285, 14.9.1963)

İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİNDE KONU İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ (10 ARALIK 1948)

Madde 7- Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit koruma hakkına sahiptir. Herkesin bu bildiriye aykırı her türlü ayırım gözetici işlemlere ve ayırım kışkırtıcılığına karşı eşit korunma hakkı vardır.

Madde 8- Herkesin Anayasa veya yasa ile kendisine tanınmış olan temel haklarını çiğneyen işlemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler önünde etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır.

Madde 9- Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz, alıkonulamaz ve sürgün edilemez.

Madde 10- Herkes, haklarının ve yükümlülüklerinin veya kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın saptanmasında, tam bir eşitlikle davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkemece adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.

Madde 11/1- Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün güvencelerin sağlanmış olduğu açık bir yargılama ile yasaya göre suçluluğu kanıtlanmadıkça suçsuz sayılır.

İNSAN HAKLARININ VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME:

Madde 2/1-

- a) Bir kimsenin kanundışı şiddete karşı korunması,
- b) Kanuna uygun olarak tutuklama yapılması veya kanuna uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasının önlenmesi,

Madde.5/1- Herkesin özgürlüğe ve kişi güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve kanunla belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından kanuna uygun olarak hapsedilmesi,

b) Bir mahkeme tarafından kanuna uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya kanunun koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için gözaltına alınması ve tutuklanması,

c) Bir suç işlediği şüphesi altında olan veya suç işlemesine ya da suç işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul sebeplerin bulunması dolayısıyla bir kimsenin yetkili adli mercii önüne çıkarılmak üzere gözaltına alınması veya tutuklanması,

2) Tutuklanan her kişiye, tutuklanmasını gerekli kılan sebepler ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamalar en kısa bir zamanda ve anladığı bir dilde bildirilir.

3) Bu maddenin 1/c fıkrasında açıklanan şartlara göre tutuklanan veya gözaltına alınan herkes hemen bir yargıç veya adli fonksiyon yapmaya kanunla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır. Kendisinin makul bir süre içinde muhakeme edilme-ye veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı

vardır. Salıverme ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4) Tutuklama veya gözaltına alınma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının kanuna uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde tekrar karar verilmesini veya kanuna uygun görülmemesi halinde serbest bırakılmasını sağlamak için mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5) Bu maddenin hükümlerine aykırı olarak bir tutuklama veya gözaltına alınma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 5. MADDESİ GENEL OLARAK:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesi genellikle tüm kişilerin hürriyet ve güvenlik hakkını sağlamalı amaçlamaktadır.

5. Maddesinin 1. fıkrasına göre;

“her ferdin hürriyet ve güvenlik hakkı vardır. Aşağıdaki mezkûr haller ve kanuni usuller dışında hiç kimse hürriyetinden mahrum kılınamaz.

a) Yetkili bir mahkeme tarafından mahkûmiyet üzerine usulü dairesinde hapsedilmesi,

b) Bir mahkeme tarafından kanuna uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı yahut kanunun koyduğu mükellefiyetin yerine getirilmesini sağlamak üzere yakalanması ve tutuklanması

c) Bir suç işlendiği şüphesi altında olan yahut suç işlemesine veya suçu işledikten sonra kaçmasına mani olmak zarureti insanı doğuran makul sebeplerin mevcudiyeti dolayısıyla yetkili makam önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve hapsi,

d) Bir küçüğün nezaret altında ıslahı veya yetkili mercii önüne çıkarılması için verilmiş usulüne uygun bir tutuklama kararı bulunması,

e) Bulaşıcı bir hastalık yayabilecek bir kimsenin, akıl hastası, bir alkoliğin uyuşturucu maddelere müptela bir kimsenin yahut bir serserinin kanuna uygun tutuklanması.

İnsan Hakları Komisyonu 5. maddede tanınan hakkı kişinin

vazgeçemeyeceği mutlak bir hak olarak tanımlanmıştır. Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 25/1. maddesine göre, hürriyetin sınırlanmasına neden olan yakalama ve tutuklamaların kanuni usullere uygun, bir şekilde gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Avrupa insan hakları sözleşmesindeki kanuni usuller sadece Devletin ulusal kanunlar ve mevzuatındaki kanun ve diğer düzenlemeler şeklinde anlaşılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi çerçevesinde kişilere tanınan güvenceler:

Tutuklanan her kişiyle tutuklama sebepleri ve kendisine karşı Söz konusu olan bütün suçlar isnatları en kısa bir zamanda ve anladığı dilde bildirilir.

5. maddenin 1/c fıkrasındaki şartlara göre yakalanan veya tutuklanan herkesin hemen bir yargıç veya adli görevi yapmaya yasal olarak yetkili bir görevli önüne çıkarılması gerekli ve yeterli süre içerisinde yargılamaya ya da soruşturma sırasında serbest bırakılma hakkı vardır. Salıverilme ilgili kişinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

Yakalanması veya tutuklanması nedeniyle hürriyetinden mahrum bırakılan her şahıs hürriyetin sınırlanmasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir zamanda karar vermesi ve aksine davranışın yasaya aykırı görülmesi halinde tahliyesini sağlamak için mahkemeye itiraz etme hakkına sahiptir.

5. maddenin hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama ve tutuklama işleminin mağduru olan kişi tazminat istemeye hakkı vardır. Bu tazminat, maddi veya manevi tazminat olabilir.

1961 ANAYASASI'NDA KONU İLE İLGİLİ DÜZENLEME

1961 Anayasası, Yasadışı yakalanan ve tutuklanan kişilerin hakların korunması ile ilgili düzenlemeyi "Hakların Korunması ve İlgili Hükümler" temel başlığı ile ve "Kişi Güvenliği" yan başlığıyla 30. maddesinde düzenlenmiştir.

Madde: 30- Suçluluğu hakkında kesin belirti bulunan kişiler ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunların bir tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen hakler diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilebilmesi aynı şartlara bağlıdır.

Yakalama ancak suçüstü halinde veya gecikmede sakınca bulunan hallerde yapılabilir, bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kimselere, yakalama ve tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekir.

Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutuklama yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç kırksekiz saat ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev ve yetkilerine giren suçlar ile kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda ve genellikle savaş ve sıkıyönetim hallerinde kanunlarda gösterilen süre içinde hakim önüne çıkarılır, bu süre on beş günü geçemez.

Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun kılınamaz. Yakalanan veya tutuklanan kimsenin durumu hemen yakınlarına bildirilir.

Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar bu kanuna göre devletçe ödenir.

1982 ANAYASASI'NDA KONU İLE İLGİLİ DÜZENLEME

1982 Anayasası, yasadışı yakalanan ve ya tutuklanan kişilerin haklarının korunması ile ilgili düzenlemesi, "kişi hürriyeti ve güvenliği" başlığıyla 19. maddesinde düzenlenmiştir.

Madde 19- Herkes kişihürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen

Haksız Tutuklama:

Haksız yakalama ve tutuklamalara her dönemde rastlanmaktadır. Adalet çarkının en iyi işlediği dönemlerde bile adli hatalara rastlamak olağandır. Bu nedenle haksız yere yakalanan veya tutuklanan kişilerin uğrayacakları maddi ve manevi zararların karşılanması esası, yıllarca verilen hukuksal uğraşlar sonunda 19. ve 20. Yüz Yıllarda kabul edilmeye başlanmıştır. Ülkemizde de 1961 Anayasasıyla, haksız yere tutuklanan veya yakalanan kimselere ödence verilmesi gereği Anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir. 1964 yılında yürürlüğe gideren 466 Sayılı Yasa ile uygulama alanımıza girmiştir.

Aradan bunca zaman geçmesine rağmen bu özel yasanın uygulanmasında görülen bazı aksaklıklar, özellikle davanın açıl-

ması yöntemi, süre başlangıcı, süresi, ödence kapsamı, kusurlu ve hatalı hareketleriyle sebebiyet vermenin anlamı ve değerlendirilmesi gibi konularda yanlış uygulamalar yapılmaktadır.

(M. Naci Ünver – A. Mümin Kavalalı, Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi -1979)

Kamu Hukuku dalında Devletin tazminat sorumluluğu tarihsel süreç içerisinde çok önemli bir gelişme ve çağdaş bir aşamanın göstergesidir. Zira hâkimler de insandır, insanların hata yapması her zaman olasıdır. Kişi özgürlüğüne ilişkin tedbirlerin alınmasında karar organları, nihayetinde insanlardan teşekkül etmektedir. Her ne kadar bu organlar tedbirlere başvururken “görünüşte haklılık” ön koşulunu göz önüne almakta iseler de, bu konuda yanılmak mümkündür. Bu yanılığın doğan zararların tazminini de Devlet üstlenmelidir. Önemli olan hataların telafisini sağlayacak yöntemlerin varlığı ve işlerliğidir. Adli hatalar, bazen telafisi mümkün olmayan yaralar açmakta, çoğu zaman hiçbir şekilde kapatılamamaktadır. Bu konuda hukuk sisteminde bu güne kadar kabul edilmiş ve uygulana gelmiş en iyi yöntemin tazminat olduğunda şüphe yoktur.

Ceza Hukukumuzda bir süre tutuklu kalan kimselerin mahkûm edilmeleri halinde bu tutukluluk süresi mahkûmiyet süresinden düşülmektedir. (765 sayılı TCK. 40. maddesi) Bu kimselerin yargılama sonrası beraat etmeleri halinde, tutukluluktan doğmuş zararlarının tazminine ilişkin bir hüküm getirmemesi bireylerin kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. İşte bu nedendir ki, bu kişilere tazminat ödenmesi esasının getirilmesi suretiyle kanun önünde eşitlik prensibi getirilmiş, hiç olmazsa hukuken masum vatandaşlar, suçlulardan daha ağır bir muameleye kalmamış olacaktır.

Aylarca hatta seneler geçtikten sonra maznunun beraat etmesi, ne çalışmadığı zamana ait kazancını kendisine iade etmekte, ne de cezaevi ve tevkifhanede geçen ıstıraplı günlerin izlerini silebilmektedir. Bu itibarla kişilere bu sistem içerisinde yeni bir yöntem gelişinceye kadar tazminat kurumuna başvurmak bir gereklilik halini almıştır.

Haksız olarak tevkif edilen, hürriyetinden mahrum edilenlere hukuki düzen içinde Devletin kişilerin uğradığı maddi ve manevi zararları karşılaması Hukuk Devleti olmasının gereğidir.

466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat

Verilmesi Hakkındaki Bu Kanun 1964 Yılında Yürürlüğe Girmiş-tir.

Özellikle ülkemizde, her dönem haksız tutuklamaların olduğu da göz önüne alındığı takdirde bu kanun boşluğu doldurulmaktadır. Haksız tutuklamalara tazminat verilmesi konusunda ilk düzenleme 1961 Anayasasında kendisini göstermiştir. Ancak 3 yıl gibi bir süre sonra Anayasa'daki düzenleme doğrultusunda, **466 sayılı Kanun Dışı Yakalananlar ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Hakkındaki** bu özel kanun yürürlüğe girmiştir.

Haksız tutuklama tazminatı ile ilgili 466 sayılı Kanun 10 maddeden oluşmaktadır. Ancak bu özel kanunun birinci maddesinin son fıkrasının dördüncü maddesi 10.1.1991 tarih ve 3696 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yine, bu kanunun ikinci maddesinin ikinci fıkrasına 3696 sayılı kanun ile ek bir cümle eklenmiştir. *(Hasan Köroğlu, Haksız Tutuklama Tazminatı Ankara-1996)*

Kanun Dışı Yakalanan Veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun:

Kanun No:466, Kabul Tarihi: 7.5.1964, Resmi Gazete: 15 Mayıs 1964

Madde:1) Kimler Devletten Tazminat İsteyebileceklerdir.

1) *Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut tutukluluklarının devamına karar verilenler;*

2) *Yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyenler;*

3) *Yakalanıp veya tutuklanıp da kanuni süre içerisinde hakim önüne çıkarılmayanlar;*

4) *Hâkim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra, hâkim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun kılınanlar;*

5) *Yakalanıp tutuklanıp da bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyenler;*

6) *Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahut beratlarına veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen;*

7) Mahkûm olup ta tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkûm olan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar, bu kanun hükümleri dairesinde Devletçe ödenir.

8) Ayrı cins suçtan mahkûm olanlar, itiyadı suçlular ve suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtası haline getirenler 6 ve 7 nci bentler hükümlerinden faydalanamazlar.

Madde: 2

Tazminat Ne Zaman ve Hangi Mahkemeden İstenecektir. Zarar Talebini İçeren Dilekçe Neleri Taşıyacaktır.

“Birinci maddede yazılı sebeplerle zarara uğrayanların, kendilerine zarar veren işlemlerin yapılmasına esas olan iddialar sebebiyle haklarında açılan davalar sonunda verilen kararların kesinleştiği ve ya iddiaların mercilerince karara bağlandığı tarihten itibaren **üç ay** içinde ikametgâhlarının bulunduğu mahal Ağır Ceza Mahkemelerine bir dilekçe ile başvurarak uğradıkları her türlü zararın tazminini isteyebilirler.

Dilekçede zarar isteminde bulunan kimsenin açık adresi, zarara sebebiyet verdiği ileri sürülen işlemlerin özetinin, zararın dayandığı sebepler ile sübut delillerinin ve tazmini istenen zararın neden ibaret olduğunun yazılı olması ve sübut delillerinin dilekçeye bağlı olarak verilmesi gereklidir.

Tazminat istemine esas olan işlem, işi hükme bağlayan Ağır Ceza Mahkemesince yapılmış ise, bu istemi incelemeye yetkili mahkeme en yakın Ağır Ceza Mahkemesidir.

Tutuklama veya yakalamanın kanuni esaslar dışında yapılmış veya bu muamelelerin bilahare haksız olduklarının meydana çıkmış olduğu iddiası ile tazminat talebinde bulunmak için, bu işlemlere esas olan iddiaların mahkemelerce karara bağlanması beklenecektir. Zira, bazı hallerde nihai kararlar, tutuklama veya yakalamanın haksız olup olmadığı açıkça meydana çıkacak ve tazminatın miktarını tayin ve müterafık kusurun nazara alınması ancak bu suretiyle temin edilmiş olacak, diğer taraftan kovuşturma ve soruşturma safhasında bulunan evrakın tazminat talepleri üzerine tazminata hükmedecek hâkimlerce celbi sonunda işlerin gecikmesi de önlenmiş olacaktır. Bu bakımda tazminat taleplerinin bu taleplere sebep olan işlemlerle ilgili iddiaları adli, idari

ve askeri yargı organları veya mercilerince nihai şekilde karar bağlanmasından sonra yapılması esası kabul edilmiştir.

Tazminata hükmedecek mahkemenin talepte bulunacak **kim-senin ikamatgahı Ağır Ceza Mahkemesi olarak seçilmesi sebebi**, tazminat taleplerinin hususi hukuk ve bilhassa Borçlar Hukuku kaidelerine istinaden halledileceği düşüncesi ile bu hususa ilişkin taleplere hukuk hâkimleri tarafından bakılması icap ederse de, tutuklama ve ya yakalamanın haksızlığını takdir ilgili ceza dosyasının tetkikine vabeste bulunduğu ve bu hususun da bir ihtisas işi olduğu aşikârdır. Kaldı ki, bu işin bir ceza mahkemesince halledilmiş olmasında da kanuni bir mahzur yoktur. Ceza Mahkemeleri de Hukuk Mahkemeleri gibi yerine göre tazminata hükmettikleri gibi, diğer taraftan başka memleketlerde de bu işin halli ekseriya Ceza Mahkemelerine bırakılmış durumdadır. Bu taleplerin incelenmesinin haksız işlemin yapıldığı Ceza Mahkemesine bırakılmamasının sebebi hâkimin eski kararının tesiri altında kalabileceği endişesidir.

Madde 3-

“İkinci maddede yazılı mahkeme, zarar istemine dair dilekçe üzerine, üyelerden birisini işin incelenmesiyle görevlendirir. Görevlendirilen üye, ilk önce, istemin kanuni süre içinde yapılmış olup olmadığını inceler. İstem süresi içinde yapılmışsa, görevli üye, hüküm ve karar dosyasını aldirtmak, her türlü incelemeleri yapmak suretiyle delilleri topladıktan sonra, yazılı düşüncesini bildirmek üzere evrakı Cumhuriyet Savcılığına gönderir.

Mahkeme Cumhuriyet Savcısının yazılı düşüncesi üzerine, duruşma yapmaksızın karar verir.

Tazminat talebi üzerine mahkemece yapılacak tahkikatın usulü esasları gösterilmiştir. Bu gibi taleplerin normal bir dava prosedürü dışında bu maddelerde belirtilen özel bir usule tabi tutulmalarının sebebi, aleni duruşmalarda yerine göre bir mahkeme kararının incelenmesi veya üzerinde tartışılmasının doğuracağı mahzurları önlemek gayesine matuf bulunmaktadır. Tazminat talepleri üzerine verilen kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulmasına imkan verilmekte Yüksek Mahkemenin içtihatları ile yeknesaklık sağlanmış ve bu kanun yolu ile tazminat hakkı ayrı bir teminata bağlanmış bulunmaktadır.

Madde 4-

Tazminat talebine esas teşkil eden işlemlerin yapılmasında

sanığın kusurlu hareketlerinin tazminatın miktarını tayinde nazara alınacağı ve bu işlemlere tamamıyla kendi kusurlu ve ya ihmali hareketiyle sebebiyet verenlere tazminat verilemeyeceği esası vaz edilmiştir. Çünkü sanık kasıtlı bir hareketi yahut ağır bir kusur veya ihmali ile yakalanmaya veya tutuklanmaya sebebiyet vermiş ise veya bir yakınına kurtarmak maksadıyla, şüpheli kendi üzerine çekmek için bir takım deliller uydurarak suçlu olduğu kanaatini yaratan bir sanığın hareketi gibi bu ahvalde bir kimseye tazminat ödenmesini gerektiren hiçbir sebep yoktur.

Madde 5-

Hakkında son soruşturmanın açılmamasına veya kovuşturma icrasına mahal olmamasına veyahut beraatlarına karar verilmiş olması sebebiyle Devletten tazminat alanların aynı işten dolayı haklarında dava açılması veya haklarındaki mahkemenin iadesi talepleri kabul ve yeniden duruşma icrasına karar verilmesi hallerinde, ödenmiş olan tazminatın hükme hacet kalmaksızın istirdadı cihetine gidileceği belirtilmiştir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 466 sayılı Yasanın 2/2. md. gereğince, Haksız Tutuklama sebebiyle kişinin uğradığı her türlü zararların tazmini amacı ile tazminat davası açabilmelerine imkân veren kanun, 5271 sayılı CMK 141-142. md kapsamına alınmak suretiyle 1.4.2005 tarihinden itibaren açılacak tazminat davalarında bu yasaya göre işlem yapılacağı belirtilmiştir.

CEZA MUHADEMESİ KANUNU

Kanun No: 5271 Kabul Tarihi: 04.12.2004

R.G. Tarihi: 17.12.2004 Sayı: 25673

Yürürlük Tarihi: 01.04.2005

YEDİNCİ BÖLÜM:

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat:

Tazminat İstemi:

Madde 141-

- 1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;
 - a) Kanunda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamını karar verilen,

- b) Kanuni gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,
 - c) Kanuni hakları hatırlatılmadan ve hatırlatılan haklardan yararlanandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklananlar,
 - d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkın-da hüküm verilmeyen,
 - e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilen,
 - f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması sebebiyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılan.
 - g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bununun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözle açıklanmayan,
 - h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,
 - i) Hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştiren,
 - j) Eşya veya malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmadan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,
- Kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

2) Birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir.

Denilmek suretiyle haksız tutuklamadan dolayı hangi hallerde tazminat istenebileceği yeniden belirlenmiştir.

Tazminat İsteminin Koşulları:

Madde 142.-

1) Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar ve ya hükümlerinin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.

2) İstem, zarara uğrayanının oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.

3) Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir.

4) Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi halde istemin reddedileceği ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

5) Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirilmesini ister.

6) İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasına mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerden birine yaptırmaya yetkilidir.

7) Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilir. (25.05.2005 gün ve 5353 Sayılı Kanunun 20. maddesiyle değişik)

8) Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet Savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; İnceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

142. Maddenin Gerekçesi:

Tazminat davası açılması, ilgili kişi hakkında mahkeme kararının veya hükmünün kesinleşmesiyle mümkün hale gelebilecektir.

Kesinleşme kararı ilgisine veya varsa vekiline tebliği edildiğinde tebellüğden itibaren üç ay içerisinde dava açılabilecektir. Karar veya hükmün, tebliğ edilememesi veya tebliğin her hangi bir nedenle gerçekleştirilememiş bulunması durumunda dava

hakkı, karar veya hükmün kesinleşmesinden itibaren nihayet bir yıllık süresinin sone ermesiyle düşecektir.

Tazminat isteme hak sahibi olan kimsenin hakkındaki soruşturma ve kovuşturmanın akıbetini ve kesin sonuca bağlanışını takip ederek dava hakkını gecikmeden kullanması öngörüldüğünden bir yıllık hak düşürücü süre benimsenmiştir.

Dava Kime Karşı ve Nerede Açılacaktır.

Dava zarara uğrayanın kendisi, yasal temsilcisi veya özel yetkili vekili tarafından açılacak. Devleti temsilen Maliye Hazinesi davalı gösterilecektir.

Tazminat davasında yetkili ve görevli mahkeme, davacının oturduğu yer ağır ceza mahkemesidir. Böylece kanuna aykırı işleminden zarar gören kişinin en kolay biçimde ve en masrafsız yöntemle hakkına kavuşabilmesi amaçlanmıştır.

Tazminata konu asıl işlem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesince yapılmış ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi varsa o dairede çözülecek, bu hususta kanunun genel düzenlemesi gözetilip numara itibarıyla izleyen daire yetkili olacaktır. Tazminatı gerektiren asıl işlem, davacının oturduğu yer ağır ceza mahkemesi tarafından yapılmışsa ve o yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa yer itibarıyla en yakın ağır ceza mahkemesi davayı görecektir. Kuşku yok ki hakimın çekilmesi veya reddi hususundaki genel kural bu dava türünde de geçerliliğini koruyacaktır.

Yetkili ağır ceza mahkemesi, inceleme ve değerlendirmesini duruşma yapmaksızın dosya üzerinden tamamlayacak ve davayı öncelikle ve ivedilikle karara bağlayacaktır. Davanın dosya üzerinden yürütülmesi davacıya önemli bir görev yüklemekte, dava dilekçesine açık kimliğini ve oturduğu yer adresini, Devlet Hazinesinin davalı olduğunu, zarara uğramasına ve tazminata hak kazanmasına hangi soruşturma veya kovuşturmanın neden olduğunu, maddi veya manevi zararının nitelik ve niceliğini açık biçimde yazması gerekmektedir.

Dava Dilekçesine Neler Eklenecaktır.

Davacı, gözaltı veya tutuklamayla ilgili işkili dosyada belgele-

nenler dışında, her türlü zararını ispat belgelerini de dilekçesine ekleyecektir.

Ancak davanın açılması sırasında tutuklamaya ve beraat kararı verilmesini ilişkin mahkemenin kesinleşmiş kararının dilekçeye eklenmesi gerekmektedir. Çünkü dava açma süresi mahkemenin vermiş olduğu beraat kararının veya verilen mahkûmiyet kararından fazla süre tutuklu kalmaya ilişkin mahalli mahkeme kararının kesinleşme şerhi taşıyan suretinin dilekçeye eklenmesi gerekmektedir.

Dilekçe ve ekinde bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin neden ibaret olduğunu ve duyuru tarihinden itibaren bir ay zarfında tamamlayıp mahkemeye ulaştırma-dıkça davanın reddedileceğini, davacıya veya davayı açan temsilci veya vekiline duyuracaktır. Bu duyuruda esas alınacak adres, dilekçede belirtilen adres olup, bu adresin yetersizlik yahut yanlışlığı veya bildirilmeyen adres değişikliği nedeniyle tebligatın yapılamaması hallerinde mahkemece adres araştırılmasına girişilmeyecektir.

Dilekçe ve eki belgelerin yeterliliği durumunda mahkeme, gö-zaltı veya tutuklamaya ilişkin dosyayı getirtip inceleyecek, sıfat, işlem ve süre itibarıyla davanın görülebilir olduğunu öncelikle saptayacak, olumlu sonucu vardığında davacı tarafın sunduğu dilekçe ve belge örneklerini davalı Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ edecek, varsa beyan ve itirazlarını duyurudan itibaren otuz gün içinde bildirmesini isteyecektir. Devlet Hazinesi temsilcisinin illerde defterdarlık, ilçelerde mal müdürlüğü olduğu gözetilecektir.

Mahkeme, istemin ve delil niteliğindeki belgelerin ve davalı Devlet hazinesinin karşı bildirimlerinin değerlendirilmesinde ve verilecek maddi ve manevi tazminatın saptanmasında, gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya hatta bilirkişi incelemesi yaptırmaya yetkilidir.

Dosya üzerindeki her türlü inceleme ve değerlendirmeyi mahkemesi, dilerse heyet halinde yapacak, dilerse başkanı veya üyelerden birini görevlendirerek, Cumhuriyet Savcısının yazılı görüşünü aldıktan sonra heyet halinde karara bağlayacaktır.

Mahkeme Kararlarına Karşı Yargıtay'da Yapılacak Temyiz, Temyiz Süresinin Başlaması:

Ağır Ceza Mahkemeleri tarafından 5271 Sayılı CMK 141-142. maddeleri gereğince maddi ve manevi tazminat davaları ile ilgili olarak verilen kararlar, tarafların vicahlarında (yüzlerine karşı) verilmiş olsa dahi, mahkemenin gerekçeli kararının taraflara tebliğ tarihinden başlar.

Ceza Mahkemelerinde kararın tarafların yüzüne karşı (Vica-hında) verilmesi durumunda dahi, temyiz süresi kararı gerekçeli kararın tebliği ile başlar.

Ceza Mahkemelerinde kararların tarafların yüzüne karşı (vicahta) verilmesi durumunda, kararın tefhim (açıklanması) tarihinden itibaren temyiz süresinin başlaması kuralı bu davalarda uygulanmaz. Süre tutum dilekçesi (Müddet-i Muhafaza) verme bu tür davalarda uygulanmamaktadır. Karar tarafların yüzüne karşı veya gıyapta verilmesi durumunda dahi mahkemenin gerekçeli kararı taraflara veya varsa vekillerine Tebligat Kanunun 21. maddesi gereğince usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesinden itibaren 7 gün içerisinde kararı veren Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığına verilmesi gerekir.

5271 Sayılı CMK 141-142. Maddeleri Gereğince Haksız Tutuklama Sebebiyle Açılacak Veya Açılan Davalarda Vekalet Ücreti:

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET SÖZLEŞMESİ TARİFESİ,

Tarife, 13 Aralık 2007 Günlü 26729 Sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanarak Yürürlüğe Girmiştir.

Ceza Davalarında Ücret:

Madde 13-

Fıkra-3) CMK 141 ve devamı maddelerine göre tazminat için Ağır Ceza Mahkemelerine yapılan başvurularda, Tarifenin üçüncü kısmı gereğince avukatlık ücretine hükmedilir.(1) Şu kadar ki, hükmedilecek bu ücret ikinci kısım ikinci bölümün onuncu sıra numarasındaki ücretten az olamaz.(2) denilmektedir.

(1) Avukatlık ücret tarifesinin üçüncü kısmı, ilk, 15.000.00 YTL için %12, sonra gelen 25.000.00 YTL için %10, sonra gelen 50.000.00 YTL için %8 gibi,)

2) Avukatlık ücret tarifesinin ikinci kısım ikinci bölüm onuncu sıra Ağır Ceza Mahkemelerinde takip dilen davalar için 1.100.00YTL

Tazminatın Geri Alınması:

Madde 143.-

1) Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılarak mahkûm edilenlere ödenmiş tazminatların mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet Savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemedен alınacak kararla, kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır. Bu karara itiraz edilebilir.

2) (25.05.2005 Gün ve 5353 Sayılı Kanununun 21. maddesiyle değişik) Devlet ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlisine rücu eder.

3) İftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde; Devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu eder.

Tazminat İsteyemeyecek Kişiler:

Madde 144.-

1) Kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerden aşağıda belirtilenler tazminat isteyemezler:

a) Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler,

b) Tazminata hak kazanmadığı halde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hale dönüşenler,

c) Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler.

d) Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler,

e) Adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar.

1) Avukatlık ücret tarifesinin üçüncü kısmı, ilk,15.000.00 YTL

için %12, sonra gelen 25.000.00 YTL için %10, sonra gelen 50.000.00 YTL için %8 gibi,)

2) Avukatlık ücret tarifesinin ikinci kısım ikinci bölüm onuncu sıra Ağır Ceza Mahkemelerinde takip dilen davalar için 1.100.00 YTL

Haksız Biçimde Tutuklanmalarına Karar Verilen Kişiler

- a) Kendileri doğrudan
- b) Kanuni temsilcileri doğrudan veya vekâletname verecekleri, haksız tutuklama sebebiyle tazminat davası açma yetkisi (özel yetki) içeren avukat vasıtasıyla,
- c) Bu konuda özel yetki verilmiş vekilleri tarafından. Burada önemle üzerinde durulması gereken konu, özel yetki konulmuş olan vekâletname ile dava açılmasının istenmesidir. 5271 Sayılı CKM 141-142-143-144. md. getirilen değişikliktir.

Haksız Tutuklama Sebebiyle Tazminat Davaları Ne Zaman Açılabilir, Müruruzaman, Hak Düşürücü Süreleri Nelerdir:

Bu kanun gereğince açılacak tazminat davalarının haksız fiilin işleniş, fiili ve faili öğrenme tarihi değildir. Davacı hakkında beraat kararı verilmesinden sonra anılan kararın kesinleşmesinden itibaren, 3 aylık hak düşürücü süre mevcuttur. Davacı kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren 3 ay içerisinde bu davayı açması gerekir. Şekil şartı noktasından veya dava dilekçesinde aranan hususların noksanlığından dilekçenin reddine karar verilmesi durumunda, 3 aylık süre geçmeden yeniden başvurulabilir.

Ayrıca her halde bu tür davalar 1 yıllık hak düşümü süresine tabidir. Kişi mahkemenin beraat kararını elinde olmayan sebeplerle öğrenememiş, kararı tebellüğ edememiş olan veya her hangi bir şekilde İzmir’de Türkiye’de olmaması sebebiyle hakkındaki kesinleşen beraat kararından haberdar olmamış ise, kararın kesinleşme tarihinden itibaren bir yıllık süre sonunda dava açma hakkı sona erer. Bu tür davalar belli sürelerle bağlanan davalardandır. Bu nedenle müruru zaman süresi yoktur. Hak düşümü süresi vardır.

Davanın açılması üzerine mahkeme başkanı veya seçilen naip hâkimin ilk yapacağı işlem, beraat kararının kesinleşip ke-

sinleşmediğine, kesinleşme tarihine bakacak, davanın kanuni 3 aylık süre içerisinde açılıp açılmadığını incelemektir. Şayet dava süresi içerisinde açılmış ise her türlü araştırma ve incelemeyi yapacak veya yaptıracaktır. Gerekliği takdirde davacı, davanın vekil tarafından açılması durumunda gerektiğinde, davacıyı dinlemek suretiyle zararların neler olduğunu sorabilecektir.

Davacı Dava Dilekçesinde Bulunması Gereken Hususlar

Davacının adı, soyadı, ikametgâh adresi, şahsi ve kimlik bilgileri, gerektiğinde ikametgâhının bulunduğu mahalle muhtarından tasdikli ikametgâh örneği sunulabilir. Haksız tutuklama kararı veren (Dava açma nedenini teşkil eden) mahkeme veya karar örneği eklenmek, olayı izah etmek suretiyle dava açılır. Davacı uğradığı her türlü zararın nelerden ibaret olduğunu açık biçimde izah etmesi, uğradığı zararların neler olduğu, hangi sebeple zarara uğradığını ispat için belgeleri ibraz etmek zorundadır. Bu şartları taşımayan dava dilekçeleri, mahkeme tarafından davacıya veya vekiline eksik hususları 1 aylık süre içerisinde tamamlaması gerektiği, aksi takdirde dilekçenin reddedileceği belirtilerek davetiye tebliğ edilir, verilen 1 aylık süre içerisinde istenen husus yerine getirilmez ise, mahkeme tarafından dilekçenin reddine karar verilir.

Davacı çalıştığı iş ile ilgili olarak varsa ücret bordrosu, vergi kaydı, başkaca belge ibraz edememesi durumunda, artık mahkeme şahsın kazanç kaybını, maddi tazminata esas olan gelirini, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının tutuklama tarihindeki geçerli olan asgari ücret tarifesine göre 16 yaşından büyük veya 16 yaşından küçük olanlar için asgari ücret tablosuna göre, kazanç kaybını saptayabileceği gibi, ilgili Çalışma Müdürlüğünden veya Sigorta Müdürlüğünden sorabileceği ve tabloyu isteyebileceği gibi, konuyu uzman bilirkişiye havale etmek suretiyle, davacının tutuklu kaldığı süre içerisindeki kazanç kaybını tespit ettirebilecek, bu konuda bilirkişi raporu alabilecektir. Bu konu araştırılır iken davacının işgal konusu nazara alınacaktır. Mevsimlik veya devamlı işçi olup olmadığı durumu değerlendirilerek, haftanın her günü çalışması mutlak iş kolu olup olmadığı, Cumartesi ve Pazar günleri çalışıp çalışmadığı, kişinin çalıştığı iş kolu nazara alınarak bilirkişi tarafından değerlendirilmesi yapılacak ve kişinin net kazanç kaybı rapor ile saptanacaktır.(Bahçıvan,

çiftçi, küçükbaş veya büyükbaş hayvan yetiştiricisi, hara işleri ile iştigal eden kişiler Cumartesi ve Pazar günleri çalışan kişiler olduğu Mahkeme Kararları ve Yüksek Yargıtay Ceza Daireleri tarafından kabul edilen kişilerdir.) Mevsimlik işçiler hava durumuna göre yörenin coğrafi durumu nazara alınarak çalışma günleri ve süreleri bilirkişi tarafından tespit edilir. Bu hususların saptanması mahkeme tarafından bilirkişiden istenir.)

Burada maddi tazminat kavramı içerisinde, kişinin haksız olarak tutuklanması sebebiyle, bu olaydan dolayı avukat tutmak zorunda kalması durumunda, avukata ödediği ücreti belgelemek suretiyle talep edebilir. Ancak, avukat tarafından verilen serbest meslek makbuzundaki ücret, o tarihteki Avukatlık asgari ücret miktarı üzerinde ise, olay tarihindeki Barolar Birliği asgari ücret tablosundaki ücret geçerli olur.

Şahsın bu tutuklamadan dolayı ceza evinde kaldığı süre içerisinde, haksız olarak tutuklandığı nedenle, Adalet Bakanlığı tarafından tutuklulardan iase bedeli adı altında yemek bedellerinin geri alınması, kişinin bu bedeli ödemesi durumunda, bu miktarı davacı dava dilekçesinde belirtmek suretiyle talep edebilir.

Bu davaların açılması için haksız tutuklama kararı üzerine genel af ile kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi durumunda: burada üzerinde durulma gereken konu, yasa da şahsın affı kabul edip etmeme hakkı tanınıp tanınmadığıdır. Sanığın bu hakkını kullanıp kullanmadığına bakmak gerekmektedir. Af kanunu kişiye affı kabul etmeme hakkı veriyor ve sanık bu hakkını kullanmış bulunuyorsa, “Ödence istemesi haklı değildir” kişi aftan yararlanmak istemediğini açık biçimde izah ve ifade etmesi gerekmektedir. Bu hakkını kullanmadan aftan yararlanmış ise tazminat davası açamaz.

Ancak af kanununun çıkış şekli itibariyle aftan istifade etmek istememe hakkını kişiye vermesi durumunda, kişinin bu hakkı kullanmaması gerekmekte ve yargılamaya devam edilerek sonuçta haksız, suçsuzluğunun saptanması ve beraat etmesi gerekmektedir. Bu durumda haksız tutuklamadan dolayı tazminat talebinde bulunabilir. Çünkü Devlet aftan yararlanma konusunda seçimlik hak vermemek suretiyle kişinin aftan faydalanmama hakkını elinden almıştır. Yani şahsın beraat etme hakkını ortadan kaldırarak kişinin beraat etme hakkını kullanmasını önlemiştir.

TCK. nun 99. md. gereğince sanığın feragat-ı kabul etmeme hakkı bulunmasına nazaran, şikâyetten vazgeçme ile davanın düşmesi durumunda ödense verilmemesi kabul edilmiştir. Şahıs hakkında davacı olan kişinin, davadan feragat-ı ve vazgeçmesi yönündeki talebini kabul etmemek suretiyle davanın devamı ile hakkında beraat kararı verilmesini talep edebilecektir. Bu yönde itirazda bulunmamasına rağmen davanın düşmesine karar verilmesi halinde tazminat isteminde bulunulamaz.

Tazminat Miktarının Tespiti Yöntemi:

Haksız tutuklama sebebiyle zarara uğrayan kişi mahkemeden maddi ve manevi tazminat talebinde bulunurken miktar, maddi tazminat, iş kaybı, uğranılan maddi zararlar, avukat ücreti, ceza evinde kalınan sürede yemek tayı bedeli, demek suretiyle miktarı açık biçimde belirtmek zorundadır. Mahkemeler davacı tarafından talep edilen miktar ile sınırlıdır. Talep edilen miktarın üzerinde bir miktar tazminata hüküm vermeleri söz konusu değildir. Ayrıca talep edilen miktarın kısmen kabul veya kısmen reddine karar verebilir, bunun yanında istemin tamamının reddine karar verilebilir. İlgili dilekçesine ek olarak yeniden vereceği dilekçe ile tazminat miktarını artırması, eksiltmesi mümkün değildir. Bu davalarda ıslah, dilekçenin tavihi gibi hukuki yollar işlemez. Açılacak tazminat davalarında maddi tazminat ve manevi tazminat miktarları açık ve net olarak yazılması gerekmektedir.

Beraat ile sonuçlanan dava sebebiyle haksız yere tutuklu kaldığı süre için tazminat isteminde bulunan kişinin, başka bir suçtan mahkûmiyetine, karar verilmesi ve bu suçtan dolayı cezanın mahsubunun istenmiş olması veya mahsubuna karar verilmiş olması durumunda, tazminat talebinde bulunan kişinin tutuk kaldığı günlerin mahsubuna olanak bulunduğu hallerde ilgili, maddi ödense isteminde bulunanın bu mahsubu ret etmeye, ödense verilmesini tercih ettiğini iddia ve savunmaya hakkı yoktur. Bu hallerde mahsup asıldır.

Vekâlet Ücreti Kapsamı;

“Avukata 466 sayılı yasa gereğince ceza mahkemesine başvurarak maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuş ise: Bu mahkemede yaptığı işlere karşılık nispi vekâlet ücreti verilemez. Mahkeme asgari ücret tarifesine göre ağır ceza işleri asgari ücret tahakkuk ettirecektir. Ret edilen kısım için de davalı yararına

nispi vekalet ücreti veya ağır ceza maktu vekâlet ücreti ödenmesine karar verilemez “

(Y. 9.CD.18.10.2005 Gün 2003/20967E, 2003/9276K)

“Kişinin haksız tutuklama sebebiyle tazminat istemli dava açmasından sonra başka bir suçtan tutuklanması tazminat istemini engel olmaz”

(Y.6.CD 17.11.1965 Gün E:6789,K.6889)

“Davacıların sanık olarak yargılanmaları sebebiyle ödedikleri avukatlık ücreti, uğradıkları zarar kavramına dahil olduğundan taksiline karar verilmelidir.”

(Y.C.GNL.K.K 11.10.1971 Gün , E:1-301, K.330)

“Maddi ve manevi tazminatın reddedilen kısımları itibariyle davalı Hazine lehine davacıdan maktu vekâlet ücreti alınamayacağına düşünülmemesi,

Tazminata neden olan tutuklamanın yapıldığı ve beraatla sonuçlanan davada, davacının ödemek zorunda kaldığı vekâlet ücretinin de tazminata ek olarak davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmemesi”

(Y.1.CD 22.06.2006 Gün, 2006/1930E, 2006/2753)

Haksız Tutuklama Sebebiyle Açılacak Davalarda Faiz:

Şimdiye kadar, haksız tutuklama sebebiyle açılan tazminat davalarında, davalı maliye hazinesinden kişinin uğradığı zararlar nedeniyle hükmedilen maddi ve manevi tazminat miktarlarına haksız fiil tarihinden itibaren yasal faiz istemesine ilişkin talepler, **devamlı olarak 466 sayılı yasada faiz isteneceğine dair hüküm bulunmadığı nedenle** talepler hüküm altına alınmamakta, bu konudaki talebin reddine karar verilmekte idi;

“466 sayılı yasa gereğince Devletten tazminat talebinde bulunacak olan şahıs bazı şartlara bağlı ve bazı yükümlülükleri yerine getirmekle görevli bulunduğu gibi, açacağı dava sonucu mahkemelerden alacağı hüküm ile Devletin borçlu duruma düşeceği ve borcun ödenmemesi halinde alacaklının temerrüt faizi ile birlikte icra takibinde bulunabileceği ve her halükarda alacaklının tazminat faizi alamayacağı ve 466 sayılı yasaya göre verilecek hükme kadar davacının faiz isteme hakkının doğmadığı aşikardır.

466 sayılı yasa gereğince verilmiş olan bir hüküm bulunmak-

sızın Devlet istese dahi zararı tazmin edemeyeceğine göre faiz ile sorumlu tutulması yasaya ve hukuka aykırı düşer”

(Y.C.G.K.12.3.1973 gün ve E.5-55,K.221)

Ancak Y.C.G.K. 23.11.2004 Gün, 2004/1-77E, 2004/203K Sayılı Kararında:

Faiz isteminde bulunulabileceği belirtilerek, haksız fiil tarihinden itibaren faizi talebine haklı bulunduğu dair içtihat çıkarılmıştır.

“Anayasanın 19. maddesinin son fıkrasında 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile “tazminat hukukunun genel prensiplerine” dayalı olarak tazminat esasının getirilmesi ve üst norm niteliğinde olması nedeniyle, 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasa kapsamında verilen maddi ve manevi tazminatlarda, faize de hükmedilmesini olanaklı hale getirmiştir. Anılan değişiklik, 466 sayılı Yasaya yeni bir yorum ve açılım kazandırmış olup, faizi yasaklayan ve süreklilik kazanmış olan Yargıtay İçtihatlarının geçerliliğine son verilmiştir.” (2709 sayılı Anayasa m.19/Son,466 s. KDYTK. m. 1/7, 2/1)

Ancak mahkemeler talep ile bağlı bulundukları nedenle, davacı taraf, dava tarihinden itibaren faiz isteminde bulunması durumunda, haksız fiil tarihinden değil, dava tarihinden itibaren faizi hüküm altına almaktadır. Bu bir değişiklik ve yeniliktir. Yıllardan beri mahkemeler faiz vermemekte ve davaların uzamasına rağmen faiz dahi alamayan davacılar mağdur olmakta iken, yukarıda özet verilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile davacıların mağduriyetlerine son verilmiştir.

Mirasçıların Tazminat Davası Açıp Açamayacakları:

Mirasçılar murislerinin vefatı sebebiyle TCK 96. md. gereğince kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi durumunda, murislerinin haksız olarak tutuklu kalmış olmaları sebebiyle 466 sayılı yasa gereğince tazminat davası açıp açamayacakları: 466 sayılı yasada vefat eden murislerinin haksız tutuklanmasından dolayı tazminat davası açabileceklerine dair bir hüküm bulunmadığı nedenle, mirasçılar tarafından açılan tazminat davasının reddine karar verilmesi doğrudur.

(Y.I.CD.14.10.1975gün, 2790-3223)

Kaynak:

A. Mümin KAVALLALI-M. Naci ÜNVER, Hukukumuzda Yasa Dışı Yaka-
lanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Ankara- 1979

Hasan KÖROĞLU, Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa) An-
kara- 1996

Av. Celal LGEN, Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul Barosu Yayın-
ları -2005

Mustafa ARTUÇ - Cemil GEDİKLİ, TCK - CMK - CGİK ve ocuk Ko-
ruma Kanunu ile Getirilen Yenilikler Ankara- 2007

Eki:

rnek mahkeme kararı,

Yargıtay Ceza Genel kurulunun faiz verilmesine ilişkin sözü edilen ka-
rar,

2007 ve 2008 yıllarına ait asgari ücret tarifesine göre asgari ücret tab-
losu,

Olayımızla ilgili Yargıtay Kararları fotokopisi.

İzmir Barosu Yayın Kurulu'nun Av. Sabri Kurt ile Yaptığı Söyleşi

Av. Nizamettin Erkul: Başkanımız, biliyorsunuz geliş sebebi-miz malum. Bütün önceki dönem Baro başkanlarımızla Baro-muzda kalıcı olması bakımından, tecrübelerinizin kaybolup git-memesi bakımından birer röportaj yapıyor. Biz de o maksat için geldik. Sizi biliyoruz, öğretmen kökenlisiniz. Biraz kendi cümle-lerinizle kendinizi tanıtır mısınız?

Av. Sabri Kurt: Ben doğrudan doğruya Baroyla ilgili, hukukla ilgili bir röportaj yapma düşüncesiyle mi geldiniz diye düşünüyordum. Kendimi tanıtmak bakımından kısaca belirteyim. Uşak Banaz Büyükturak köyünde 1931 yılında doğdum. İlkokulu köyümde bitirdikten sonra, o zaman yeni köy enstitüleri açılmıştı. Savaştepe Köy Enstitüsüne gitmiştim ben. Mezuniyetten sonra Uşak'ın Kırka köyünde bir yıl öğretmenlik yaptım. Öğretmenliğin sonunda, o zaman köyün üniversitesi gibi bir yüksek okulumuz vardı, Hasanoğlu Yüksek Köy Enstitüsü. Oraya seçmeyle sınavla alıyorlardı. 1947 yılında bir yıllık köy öğretmenliğimden sonra da Hasanoğlu Yüksek Köy Enstitüsü'ne kaydoldum. O zaman yüksek köy enstitüsünün ve köy enstitülerinin adı solcu-ya çıkmıştı. Solcu öğrenciler yetişiyor, komünist öğrenciler yetişiyor gibi. Oysa komünistlik falan söz konusu değildi. Ancak köy çocukları daha ziyade ezilen, sömürülen halkın arasından geldiği için okudukça toplumdaki çarpıklıkları, ağa düzenini, feodal

düzeni görüyorlardı ve haksızlıklara karşı söylemler başladı. Karşı gelmeler, konuşmalar, hak aramalar.. O zaman köylü kaymakamın odasına titreyerek girerdi. Karakola gidemezdi. Biz köyden yetiştikten sonra daha çok onların haklarını arar duruma geldik. O zaman adımızı, köy enstitülerinin adını kötüye çıkardılar. Her devirde iyi bir kurumu kötülemek için bir şey bulurlar. Dinsiz derler, zındık derler. Bizim zamanımızda da komünizm propagandası yapmak vardı. Komünistlikle suçlamak vardı. Komünist yuvası diye Yüksek Köy Enstitüsünü kapattılar. Yüksek Köy Enstitüsü kapatıldıktan sonra öğrencilerini çeşitli yerlere dağıttılar. Birinci sınıflar daha yeni geldi. Burada Yüksek Köy Enstitüsünün kötü havasını iyice almamışlardır. Bunları öğretmen yapalım dediler. Bizi Balıkesir Necati Eğitim Enstitüsüne verdiler. Buranın fen bölümünden mezun olduktan sonra 1950 yılında fen bilgisi öğretmeni olarak orta öğretimde çalışmaya başladım. İlk tayinim Çanakkale Ayvacık ortaokulu. Ayvacık'tan sonra, yedi yıl orada bulunduktan sonra İzmir Tepecik Ortaokuluna geldim. Tepecik Ortaokulundan sonra Karşıyaka Kız Lisesine verildim. Orada çalışırken iktidarı eleştirme, öğretmen dernekleri genel kurulunda eleştirisel konuşmalar yapmak nedeniyle milli eğitim müdürünün hışmına uğradım. Hiçbir tahkikat yapılmadan bir de duydum ki beni sürmüşler Aydın'ın Karacasu ilçesine. O zaman TÖS vardı. Biz de TÖS üyesiydik. İzmir TÖS şubesi bir törenle beni arabalarla İzmir-Aydın hududuna getirdiler. İzmir-Aydın hududunda Aydın'dan TÖS grubu gelmiş, TÖS yönetimleri. Hudutta bir devir teslim töreni yaptılar. Beni teslim ettiler Aydın TÖS'lülerine. Aydın TÖS'lüleri aldılar. Tabi orada bana bayrak verdiler. Türkiye haritası verdiler. Her yer bizim ülkemiz, her yere biz çalışırız. Her yer bizim vatanımız nutukları atıldı. Aydınlılar Nazillı'ye teslim etti. Nazillililer Karacasu'ya teslim etti. Baktım hiç bana ihtiyaç da yok. Orada bir yıl çalıştıktan sonra Muğla'nın Ula ortaokuluna verdiler. Muğla'nın Ula kazasında öğretmenliğe başladım. O zamana kadar Ula'ya hiç gitmemiştim. 1969'da da genel öğretmen boykotu oldu. Orada da bütün öğretmenlerle birlikte boykota katıldık. Ama oradan başka yere sürmediler. Hanım İzmir'de öğretmenken ben 3 sene İzmir'in dışında öğretmenlik yaptım. Üç sene dışarıda öğretmenlikten sonra Buca'ya verdiler. Artık unutuldu İzmir'de yaptığımız. İzmir'in valisi, milli eğitim müdürü değişti. 1970'ten 1974'e kadar da Bu-

ca Lisesi'nde öğretmenlik yaptım. Buca Lisesi'nden 1974'te emekli oldum. Avukatlığa asıl başlayışımın sebebi şuydu; 1950 seçimlerinden sonra Demokrat Parti iktidarı alınca, köy enstitüleri mezunlarının aleyhine öyle bir hava yaratıldı ki köy öğretmenlerini hep sürüyorlar. Oradan oraya naklediyorlar. Hiç savunma almak da yok. Ocak-bucak başkanları vardı o zaman. Onların şikayetiyle alırlardı. Bunlara karşı daha güçlü olayım, mücadele edebileyim düşüncesiyle o zaman kafama koydum, öğretmenken hukuk fakültesini bitireyim diye.

1968 yılında hukuk fakültesini bitirdikten sonra İzmir'de Haluk Baykent'in yanında staja başladım. Stajı bitirip avukatlığa başladıktan sonra hiç benim aklımda baro başkanı olayım gibi bir düşünce yok. Bir taraftan öğretmenlik, bir taraftan avukatlık 3-4 sene beraber yürüttüm. Çok zor oluyordu. Öğleden sonra derslerimi alırdım. Çıkınca duruşmadan koşa koşa derse yetişirdim. Bekleyenlerle aman ben derse yetişeceğim diye konuşamazdım. Çok sıkıntılı bir devir geçti. 4 sene, öğretmenlik ve avukatlığı beraber yürütürken. Biter bitmez yani emekliye ayrılma hakkını kazanır kazanmaz emekliliğimi istedim. Tabi o zaman daha da rahat oluyor insan. Gerçi diğer yeni hukuktan mezun olup staj yapıp avukatlık yapanlarla birlikte benim gibi maaş alıp avukatlık yapanlar bakımından bir haksız rekabet oluyor. Biz daha rahat avukatlık yapıyoruz. Geçim kaygımız olmuyor. Belirli bir maaşımız var. Ama mesleğe yeni başlayan arkadaşımız bir taraftan sigorta primini ödüyor, kirayı ödüyor. Geçimini sağlayacak para kazanacak. O nedenle bizim gibi maaş alıp ta avukatlık yapanlar bakımından bir haksız rekabet oluyor gibi geliyor bana. Nitekim hakimlikten ayrıldıktan sonra avukatlık yapanları ben pek hoş görmüyorum. Avukatlık yapacağına otursunlar birikimleriyle kitap yazsınlar. Deneyimlerini yazsınlar. Biz avukatlık kanununda hazırlıklar yaparken o değişiklikte 5 yıl öncesine kadar çalıştığı bölgede avukatlık yapamaz emekliye ayrılan bir hakim demıştik. Onu kaldırdılar.

Av. Nizamettin Erkul: Şimdi iki yıl olarak yeni düzenleme var.

Av. Sabri Kurt: Yeni bir düzenleme yapmışlar sonra. Şimdi bu avukatlık meselesine gelince, tabi öğretmenliği bıraktıktan sonra daha rahat avukatlık yapmaya başladım. Dediğim gibi hiç aklımda benim bir baro başkanı olma hedefi yoktu. 1985 yılında

Baro yönetim kuruluna seçildim. Güneş Atabay Baro başkanlığıydı. 3 sene yönetimde çalıştım. Ondan sonra illa ki baro başkanlığına adaylığını koy dediler. Ben koymam dedim. Çünkü Haluk Baykent Baro başkanı adayı. Ben onun bir numaralı stajyeri olarak onun yanında yetiştim. Ona karşı aday olmak ağıma gider, doğru olmaz dedim. Ben adaylığımı koymuyorum dedim. Bir çağdaş grup var o zaman. Çağdaş grup kendi aralarında seçim yapacak. Ben Güneş'e dedim ki, Baro başkanı o. Ben katılmayacağım. Seninle biz kaçalım dedim. Ödemiş'te bir Baro toplantısı yapıldı. Avukatlar toplantısı. Güneşle birlikte Ödemiş'e gittik. Ben katılmadım. Benim gıyabımda çağdaş grubun yaptığı ön seçimde beni aday seçmişler. Çağdaşın Baro başkanı adayı. Ben diyorum ki, hani bir vapur yolcularını doldurmuş giderken bir kadın denize düşmüş, ondan sonra bir delikanlı da kurtarmış onu. Bütün yolcular alkışlıyor kadını kurtardı delikanlı diye. O da vapura çıkmış. Kim itti beni demiş. Benim ki öyleydi. Ama gerçekten Baro başkanlığı çok onurlu bir görev. Ben Baro başkanlığına seçildikten sonra gerek özel hayatımda, gerek meslek hayatımda çok büyük bir sorumluluk hissettim. O kadar büyük bir sorumluluk ki senin herhangi bir davranışın, her hangi bir söylemin eğer haksızsa, doğru değilse, yanlışsa, Baronun çizgisine aykırı bir tavır şeklindeyse, o temsil ettiği baroyu zedeler. Ama gerçekten doğruları, haklı ve dürüstçe ortaya koyuyorsan, toplumun sorunlarına doğru teşhisler koyup çözüm öneriyorsan, o zaman temsil ettiğin kurum daha da yücelir. Ben meslek hayatımda daima bunu üzerimde büyük bir sorumluluk hissederek bir baskı gibi hissettim. Gerçekten çok büyük bir sorumluluktuk. Öyle bir şey ki günbegün, her gün toplumsal olayları takip edeceksin, her gün olaylara karşı Baronun görüşü olarak fikir yürüteceksin. Çünkü senin ortaya sürdüğün görüşler, düşünce toplumu etkiliyor. Gerektiğinde topluma yön veriyor. Karar alma mekanizmalarına etki etmiş oluyorsunuz. O yönden genel toplumsal konularla ülke sorunlarıyla günbegün anbean ilgileneceksin. Ayrıca doğru, dürüst bir tavır koyacaksın. Üstelik konuşurken de konuşmalarında gerçekten çok dikkatli olacaksın. Çünkü konuşuncaya kadar sen o sözüne hakimsin. Ama konuşma senin ağızından çıktıktan sonra artık o senin malın değil. Yakana yapışıp kalabilir. Hani birisi “asmayalım da besleyelim mi” dedi. Birisi dedi, “anayasa bir kere ihlal edilmekle ihlal edilmiş sayılmaz”.

Onun için çok dikkatli davranmak lazım. Böyle bir kurumun başına gelen kişinin çok dikkatli davranması lazım. Şimdi bu sorumluluk içerisinde görev alan kişinin, bir baro başkanının en liyakatli, en dirayetli, her şeyi bilen adam olması gerekmez. O, durgun güçleri harekete geçirebilen, dinamikleri örgütleyebilen ve katılımı sağlayabilen örgütçü bir kişi olması yeter. Zaten bir kişinin her şeyi bilmesi, her şeyin hakkından gelmesi mümkün değil. Bu Baro çalışmaları sırasında gerçekten katılımı sağlamak için çok çalıştık. Benim yönetim kurulum o kadar becerikli arkadaşlardı ki çok uyumlu çalıştık. Çok uyumlu çalışıyorduk. Hala ara sıra toplanırız. İyi, çalışkan bir birlik olduğu için katılımı sağladık. Toplantılar yapardık. Baro yönetiminde görev almamış olsa bile Baroda, toplanalım Baro üyesi olan arkadaşlar görüşlerini söylesinler, eleştirsinler diye gayri resmi, tüzükte olmayan, yasada olmayan meclis oluşturduk. Bunun öncülüğünü Önder Limoncuğlu yaptı. Önder Limoncuğlu hatta tüzüğünü fahlan hazırladı. Toplanırdık 30-40 kişi, kaç kişi gelirse salonda. Görüşlerini söylerlerdi. Neticede bu, ticaret odası meclisine benziyor Önder Limoncuğlu'nun teklifi diye pek kabul görmedi. Ama şimdi görüyorum ki son yıllarda İstanbul ve İzmir'de de parti meclisi gibi baro meclisi oluşturdular. Davranışlarına da baro başkanı çok dikkat edecek. Vali Kutlu Aktaş geldi İzmir'e. Kutlu Aktaş'ın özel kalemine telefon ettik. Baro başkanı valiyi ziyaret edecek. Bir randevu verir misiniz. Telefon ediyorlar özel kaleminden Baro başkanlığına. Valimiz Cumartesi günü saat 11'de bekliyor. "Söyleyin cumartesi günü Baro başkanının işi var. Cumartesi günü gelemez diye. Ediyorlar. Tekrar dönüyorlar ikinci hafta. Efendim önümüzdeki cumartesi günü olsun saat 11'de. Bunun üzerine bana gene bildirdiklerinde, dedim ben bir nezaket ziyareti için geleceğim. Nezaket ziyareti için tatilimi heba edemem. Cumartesi günü ben gelemem valiyi ziyarete dedim. Hemen Pazartesi günü 11'de bekliyor dediler. Kutlu Aktaş'a Pazartesi vardım. Siz dedi, Diyarbakır Çüngüş'te bulundunuz mu hiç dedi. Yok bulunmadım dedim. Ben orada kaymakam olarak bulundum da dedi. Orada bir yaşlı kadın varmış. Valiler kaymakamlar herkes evvela gider onu ziyaret edermiş. Elini öperlermiş. Fakat ben gidemedim. Sonra demiş ki; valinin başı büyük, benim yaşıma büyük, bir türlü bir araya gelemedik. Bizimki de ona benzedi dedi. Ondan sonra çok saygın davrandı Baroya karşı.

Olaylarda baro başkanı olduğunu unutmadan tavrını koyacaksınız. Bir gün Cumhuriyet başsavcısını ziyarete gittik. Yönetim kurulundaki arkadaşlarla birlikte. O sırada onunla konuşurken özel kaleminden birisi bir kağıt getirdi. Baktı, çağır avukatı dedi. O zaman da tutuklu olanların avukatla görüşebilmesi için tutuklunun bir yakınının imzası gerekiyor. Tutuklu yakını istiyor görüşmesini diye. Baktım Güney Dinç girdi. Gözaltındaki Kuşadası Belediye Başkanlığı yapmış bir zattı. Kim söyledi size gidin diye. Hanımı söyledi dedi. Peki çıkın dedi. Ondan sonra telefon etti emniyete hanımı geldi mi diye. Ben dedim ki, Savcı bey, siz bir avukatın beyanına itibar etmediniz. Bir de tahkikat yaptınız. Hiç doğru değil dedim. Bu arkadaşımız bizim baro başkanlığı da yapmış bir arkadaşımız, saygın bir arkadaşımız. Ondan sonra Baro dergisinin her sayısında yazı yazardım. Başkanın köşesi diye bir yer var. Orada bir yazımda şöyle dedim.

“Yürekli ve nitelikli hukukçuların çoğunlukta oluşu umudumuzdur. Ancak yargıcıyla savcısıyla adliye dışında yollara düşüp bakan ve müsteşar karşılayanlarla kendini bakanlığın emrinde bir devlet memuru gibi görenlerle, duruşmalarda bağırıp çağırıp şiddet gösterenlerle, savunmaya önem vermeyenlerle amaçladığımız konuma ulaşamayız. Basın açıklaması yaptığı, sorunlarını dile getirdikleri için oda başkanlarını, dernek başkanlarını mahkemelere sevk eden ve antidemokratik yasaların koruyuculuğunu yapan savcılarla, baro başkanlığı yapmış avukatın dahi beyanına itibar etmeyen, böylece avukatlara güven beslemediği aşikar olan başsavcılarla-onu kastediyorum- avukatlar hakkında sudan sebeplerle ceza davası açanlarla, insanlarımızı yetersiz delillerle ceza mahkemelerinde süründüren ve açtıkları davaların çoğunluğu beraatla sonuçlanan savcılarla iş birliği yapılamaz, yargı yüceltilemez. Şuna inanıyorum. Adaletin üç temel ögesi yargıç savcı avukat inançlı ve uyumlu çalışarak, savaşım vererek yargıyı gerçek konumuna kavuşacaklardır.” Ben avukat arkadaşımızın beyanına itibar etmediğim için bunu yazdım. Fakat ondan sonra başsavcıyla aramız çok iyi oldu. Bana karşı tavrı daha başka oldu. Gene benim Baro başkanlığımda o sıralarda bütün duruşmalar saat 9’a veriliyor. Avukatlar koşuşturuyor. Bir yazı yazdım. Adalet komisyonu başkanlığına. Meslektaşlarımız bütün mahkemelerde duruşmalar saat 9’a konulduğu için hizmet vermekte güçlük çekmektedirler. Kolaylık sağlanma ba-

kımından bu duruşmalar saatlere serpiştirilsin. Saatleri belli olsun ayrı ayrı dedim. Yazıyı gönderdim. Orada bir cümle de ekledim. 'Anayasanın 138. maddesinin bilinciyle' dedim. Çünkü orada mahkemelere kimse emir ve talimat veremez der ya, bu emir ve talimat değil. Bu yazıyı gönderdikten sonra bir de yargı yılının açılışına yakındı. Ben dedim yargı yılının açılışında bir tören düzenliyoruz. Ben avukatlar adına konuşacağım hukuk düzenimizle ilgili. Siz de hakimler adına konuşma yapar mısınız. Yaparım hay hay Başkan dedi. Kararlaştırdık, Baroya geldim. Ertesi gün bir de baktım. Benim duruşmalar serpiştirilsin, saat 9'da olmasın diye yazdığım yazıyı, 'yargıya müdahaledir. Anayasanın 138. maddesine aykırıdır' diye iade etmiş. Hemen canım sıkıldı. Tepem attı. Gittim Adalet komisyonu başkanına. 4. Ağır Ceza reisiydi. Adalet komisyonu başkanı oldu. Şimdi de rahmetli. Dedim, sayın Başkan, bir avukat hakimle duruşmada duruşma gününü tayin ederken, benim o gün duruşmam uygun değil, o gün dışarıdayım. O gün verme, şu gün ver. Şu saat olmasın, geç olsun diye konuşurken yargıya müdahale midir bu? Ben bunu istiyorum. Bu düzenlensin. Sizin o tavrınızı hiç beğenmedim. Ve sizinle demek ki uyuşamıyoruz, ters düşüyoruz. Ben size dün teklif etmişim yargı yılının açılışında konuşun diye. Teklifimi geri alıyorum, konuşmanızı istemiyorum dedim. Ondan sonra hay hay Başkan dedi. Bu şekilde tavır koyduğun zaman daha başka bir değer kazanıyorsun.

Av. Nizamettin Erkul: Baro başkanlığınızda ne gibi işler yaptınız, o konulara da biraz değinirseniz.

Av. Sabri Kurt: Bizim Baroya gelirken elbet meslektaşlar arasındaki dayanışma, meslektaşların çalışmalarını kolaylaştırma, avukatlık mesleğini yüceltme, meslektaşlarla iş sahipleri arasındaki dürüst davranışları sağlama yönündeki görevlerin yanında hukuk egemenliğini sağlama gibi görevimiz vardı. Bu arada biz şöyle bir sloganla çıkıyorduk. "Biz meslektaşların sorunlarıyla, hukuk sorunlarıyla ilgileniyoruz, ilgileneceğiz ancak meslek sorunlarımız ülke sorunlarından soyutlanamaz. Onun için ülke sorunlarıyla da çok yakından ilgilenmemiz gerekir." Bu söylemle, bu düşünceyle yola çıktık. Her zaman ülkenin güncel sorunlarıyla ilgili de görüşlerimizi basın açıklamalarıyla yazılarımızla, konuşmalarımızla panellerimizle dile getirirdik. Çünkü bu dile getirmelerle bir kamuoyu yaratacaksın. Karar mekanizmalarına etki

edeceksin. Bizim çalışmalarımız öyle ki şüphesiz meslek sorunlarıyla ilgilenmeden olmaz. Meslektaşlarımızın çok sorunları var. Onlar nasıl çözümlenir, avukatlık mesleği nasıl iyileştirilir, nasıl yargı hızlandırılabilir. O konularda çok çalışmalarımız var. Ama devlet batarken, devletin bütün kurumları bozulurken, sen illa ki avukatlık mesleği üzerinde yoğunlaşırsan, bu batan bir gemideki insanın benim kamaram lüks kamara olsun diye kamara kavgası etmesine benzer. Batıyoruz. Onun gibi biz hiçbir zaman meslek sorunlarımızı ülke sorunlarından ayrı tutmadık. Nitekim Birinci Körfez Krizinde Amerika'nın Irak'a müdahalesi haksızdır, dedik. Olağanüstü genel kurul yaptık. Orada Amerika'nın Körfeze çıkışının hatalı olduğunu, yanlış olduğunu, Büyük Millet Meclisi'nin yurt dışına asker gönderme yetkisini başkasına devretmesinin doğru olmadığını eleştirdik. Görüşlerimizi çeşitli milletvekillerine gönderdik. Böylece değil ülke sorunlarına, dünya sorunlarına karşı bile duyarlı tavır sergiledik.

Av. Nizamettin Erkul: İki dönem mi Baro başkanlığı yapmıştınız?

Av. Sabri Kurt: Ben iki dönem başkanlık yaptım. Dönemimde diğer önemli bir konu da ölüm cezasının kaldırılması kampanyası açmamızdı. Yüz binlerce imza topladık. Ölüm cezası kaldırılmalıdır düşüncesiyle bir metin hazırladık. Bu metni Güneş Gazetesi vardı, orada günlerce yayınladık. İsimleri boş. Gazeteyi keserlerdi, adresini yazarlar, imzalarlar bize gönderirlerdi. Paket paket dilekçeler toplandı. Ve onları Ankara'ya, Büyük Millet Meclisi Başkanı Kaya Erdem'di, oraya götürdük. Ölüm cezası kaldırılmalıdır. İnsan haklarının başında yaşama hakkı gelir. Yaşama hakkı olmadıktan sonra diğer hakların hiç bir değeri, hükmü yoktur diye onu dile getirdik. Ama neticede Avrupa Birliği'ne girme aşamalarında ölüm cezası da kaldırıldı. Biz 15-20 sene önce kaldırılсын diye mücadele ettik. Sonradan bu kaldırılmış oldu. Bizim bu kamuoyu yaratılması, görüşlerimizin yayılması için pek çok şeyler yaptık. Paneller.

Av. Nizamettin Erkul: Örnekler verirseniz seviniriz.

Av. Sabri Kurt: “Ölüm cezası” konulu bir panel yaptık. Bu paneli meslektaşımız Cengiz İlhan yönetmişti. Prof. Faruk Erem, Prof. Nevzat Toroslu, Prof. Erol Mavi katılmışlardı. Sonra “yaşama hakkı sempozyumu” diye bir sempozyum yaptık. Bu yaşama

hakkı sempozyumuna idam edilen Deniz Gezmiş'in babasını çağırdık. Cemil Gezmiş geldi. Deniz Gezmiş'in avukatı Halit Çelenk'i davet ettik. Halit Çelenk geldi. Uluç Gürkan, Nevzat Helvacı, Varlık Özbanat geldiler. Deniz Gezmiş'in babası konuştu. Halit Çelenk idamın nasıl yapıldığını anlattı. Öyle ki Deniz Gezmiş cüsseli diye, Halit Çelenk babasının yanında anlatıyor bunu, çeksin diye iki düğüm yapmışlar. Boynuna geçirildiği zaman sıkması gerekir, fakat iki düğüm yaptığından sıkılmıyor. Dönüyor, dönüyor. Ölemiyor, indiriyorlar. Tekrar yapıyorlar. Tekrar bağlıyorlar. Tek düğüm yapıyorlar. Bu yaşama hakkı sempozyumundan sonra "insan hakları ihlallerini önleyici önlemler" diye bir panel düzenledik. Bu panele Devlet Bakanı Mehmet Kahraman, Devlet Bakanı Akın Gönen, o zaman doçent olan Semih Gemalmaz, Erbil Tuşalp katıldılar. Bu hep idam cezasının kaldırılması konusuyla ilgili. İşkenceyi önlemeyle ilgili. Bu insan hakları ihlalleri, işkenceyle ilgiliydi. Hatta işkence aletleri sergisi açtık. O işkence aletleri sergisinde işkence araçları, falakalar vs. sergilen-di.

Av. Nizamettin Erkul: 12 Eylül'ün uzantısı olan yıllar olduğu için daha bir gündemdeydi o zaman değil mi?

Av. Sabri Kurt: Sonra "çocuğu suça iten nedenler, çocuk yargılaması, suçlu çocuğun rehabilitasyonu" konulu bir panel düzenledik. Orada da Prof. Oya Tuncer, Prof. Esin Konanç, Prof. Şeyda Kozcu ve Savcı Şevki Levent katıldılar. Sonra biz değişik çeşitli meslek örgütleriyle birlikte düzenlemeler de yapardık. Ticaret odasıyla birlikte bir ortak panel düzenledik. Konusu da "uluslararası mal satış ve sözleşmelerinde karşılaşılan hukuki sorunların çözümleri" Bu konuda da Profesör Mahmut Birsal, Av. Çınar Koloğlu, Av. Ethem Postacioğlu görüşlerini bildirdiler. 9 Eylül Hukuk Fakültesiyle birlik olarak bir "yeni hukuk reformu çalışmaları sempozyumu" düzenledik. Böylece panellerle, sempozyumlarla çeşitli kuruluşlarla işbirliği yaptık. Meslektaşlar arasındaki dayanışmayı sağlamak için çok gayret ettik. Nitekim meslekler arasında da dayanışma olmazsa, etkin eylemlere de girişemezsin. Hadi şu konuda bütün avukatlar gelsin, cübbesini giysin desen avukatlar arasında birlik olmazsa sağlayamazsın. Biz o zaman öyle büyük bir yürüyüş düzenledik ki, o Muammer Aksoyların öldürülüşünde, kortejin bir ucu Konak'ta bir ucu Cumhuriyet Meydanı'ndaydı.

Av. Nizamettin Erkul: Çeşitli dönemlerde avukatlar yürüdüğünde gerçekten Türkiye siyasetinde izi olmuştur yani. Tarih yazmıştır. Onun için çok önemli gerçekten.

Av. Sabri Kurt: Ben Baro başkanı olduktan sonra 1989 yılında Barolar Birliği genel kuruluna katıldık. Biz dedik ki Birlik yönetim kuruluna üye İzmir'den Fehmi Çam olsun. Ama Ankara'da bir grup var ki Fehmi Çam'ı biz istemiyoruz dediler. Listemize almayız dediler. Başkasını göstermişler. "Biz Ankara'nın dikte ettirdiği ismi vermeyiz. Göstermeyiz. Ya Fehmi Çam listeye girecek, ya da vermiyoruz" dedik. Ve 1989'da Barolar Birliği yönetimine İzmir'den Fehmi Çam'ı kabul etmedikleri için biz de başkasını vermedik. İzmir'de yönetimden kimse yoktu. Bunun üzerine biz ne yaptık? Madem ki Barolar Birliğinde bizden kimse yok Ege Bölgesi'nde herhangi bir eylem başlatılacağı zaman, herhangi bir konuda Çanakkale, Balıkesir, Manisa, Denizli, Aydın, Muğla, Bursa baro başkanlarıyla pek çok toplantılar yaptık burada. Bu toplantılarla sonuç bildirileri hazırladık. Onları basına verdik. Ondan sonra ölüm cezasıyla ilgili yazdığımız konuları metin haline getirdik. Ege Bölgesi baro başkanlarıyla birlikte Ankara'ya götürdük. Orada TBMM başkanına verdik. Parti liderlerini ziyaret ettik. Hatta bütçe görüşmeleri sırasında Süleyman Demirel "Ege Bölgesindeki avukatları bana şunu verdiler, bakın buna kulak verelim. Kuvvetler ayrılığı ilkesi. İnsan hakları ihlalleri, yürütmenin yargıya etkisi. O konular çok önemli."dedi. Bizim bu meslek hayatımızda en çok üzerinde durduğumuz yargı bağımsızlığını sağlamak. Yargı bağımsızlığı nasıl sağlanır. Yargıç güvencesi nasıl sağlanır. Bu yargının bağımsızlığı, yargıç güvencesi zaten halkın güvencesi demektir. Maalesef bunda başarı sağlayamadık. Hakimler ve savcılar yüksek kurulu'nda 5 tane yüksek hakim olduğu halde 3 ü Yargıtay'dan, 2 si Danıştay'dan seçiliyor. Başkanı adalet bakanı. Müsteşar tabi üye. Hiçbir sekreteryası yok. bütün hazırlıklar, nakiller, tayinler, terfiler adalet bakanlığında hazırlanıyor. Oradaki hakimler kısa bir süre içerisinde binlerce yargıcın savcının durumunu nasıl incelesinler. Oradan gelene göre gidiyor. Tasdik ediyorlar. Ve böylece yargının üzerinde yürütmenin baskısı oluyor. Yürütme yargıyı etkiliyor. Yargı bağımlıdır. Bağımsız diyemezsiniz. Yargı bağımsızlığı olabilmesi için bir defa siyasi kişilerin yargı kurumlarında yer alması lazım. Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunda adalet bakanı-

nın olmaması, müsteşarının olmamamı oy hakkı olmaması lazım. Hakimler savcılar yüksek kurulunun ayrı bir sekreteryası olması lazım. Bu sekreterya her türlü hazırlıkları yapsın. Ayrı bir binası olsun. Adalet Bakanlığıyla ilgisi olmasın. Ama bunu maalesef başaramadık. Bunu bir Bakana söylüyorlar. Siz değiştirdiyseniz şunu diye. Biz de değiştirilmesini istemiyoruz. Çünkü bize de lazım oluyor diyor.

Av. Nizamettin Erkul: Başkanım, avukatlık hukuku ile ilgili ya da avukatların bugünkü durumu, baroların bugünkü durumu ile ilgili de görüşlerinizi almak isteriz.

Av. Sabri Kurt: Şimdi barolarımızda daha evvelce bizim zamanımızda bağımlı bir durum var idi. Yani Adalet Bakanlığının etkisi altındaydı. O bağımlılıktan kısmen kurtulduk. Şimdi o zamanki durumdan daha iyi 2001 yılında kabul edilen avukatlık kanunu. Bazı haklar eksik olmakla beraber adalet bakanlığının vesayetinden kurtulduk. O zaman biz onu çok eleştirdik. Burada ben meslektaşlarımın gerçekten çok zor koşullarda çalıştığını görüyorum. Geçim darlığı içerisinde. Ben cübbe giydirirken genç meslektaşlarıma hep bir kısa konuşma yapardım. Ve derdim ki emeğinizi sömürmeyin. Hakkınızı almasını bilin. Eğer emeğinizi sömürtürseniz, emeğinizin hakkını tam alamayacak olursanız, ekonomik bakımdan dara düşersiniz. Ekonomik bakımdan dara düştüğünüz zaman bir bilginin dediği gibi; “İnsan bir kez aç kalmaya görsün, bütün inançlarını yer.” Siz şimdi kanuna ahlaka, namusum üzerine yemin ederim uyacağım diyorsunuz ama eğer emeğinizi sömürtüp de ekonomik durumdan kötü bir duruma düşecek olursanız bu yemine de uyamazsınız. Kendi hakkınızı almasını bilin, derdim. Gerçekten avukat arkadaşlarımda durumu, genç arkadaşlarımda durumu çok zor. Hukuku bitirmiş bir arkadaşımız bitirdikten sonra staj yaparken babasından hala harçlık istememesi lazım. Ona bir ödenek ayrılması lazım. Baroların veya bakanlığın bunlara bir kredi sağlaması lazım. Rahatlatıcı. Yeni avukatlığa başladıkları zaman vergiden muafiyet veya kredi verme gibi kolaylıklar sağlamak lazım. Baro başkanlığında bana öyle şikayetler geldi ki insan utanıyor. Baro başkanı olarak utandım. Mesela bir vatandaş geldi bana. “Benim bir senedim var. Bir avukata verdim. Tahsil ediver diye. Avukat tahsil etti. Sonra bana telefon etti.” Şimdi avukat senedi tahsil etmiş. Müvekkilini çağırmış. “ben çocuğumu evlendirdim de çok darda

kaldım. Onun için parayı tahsil ettim ama ben harcadım. Ben de sana bir senet yazayım” demiş. “Senedi aldım avukattan. Vadesi geldi avukat da ödemedi. Şimdi başkanım ben şimdi ne yapıyorum. Senedimi tahsil için avukat tutum. Avukat senet verdi. O da ödemedi. Ben bir avukat daha mı tutayım.” dedi. Gerçekten böyle olaylar oluyor. Az ama oluyor.

Av. Nizamettin Erkul: Şimdi bir avukat hakkında bir şikayet olduğunda Bakanlığın izni isteniyor soruşturma izini yerine. Öncelikle baronun izni istenmesi gerekmez mi ya da ikili bir sistem getirilebilir mi.ya da nasıl bir sistem kurulması gerekir

Av. Sabri Kurt: Şimdi vekalet ücreti yönünden bazı yerlerde kararlaştırılan vekalet ücreti baroya yatırılmalı. Avukat barodan alsın. Mesela Yunanistan’da öyle oluyormuş. Ama avukat hakkındaki tahkikatın barolar tarafından yapılması esas. Yani adalet bakanlığından izin almasına gerek yok. Bütün kuruluşlarda en dürüst disiplini yürüten, meslektaşımız diye korumayıp gerçekten disiplin hukukunu uygulayan kuruluş barolardır. Hiç kayırma olamaz. O yönden baroların bu yönden çok iyi sınav vermişlerdir. Kendi meslektaşları hakkında gerçekten hukuka uygun soruşturma yaparlar.

Av. Nizamettin Erkul: Bu köy enstitülerini bugüne uyarlamak mümkün mü, değil mi Başkanım?

Av. Sabri Kurt: Köy enstitülerinde bir iş üretme esası vardı. Böyle kuru ezbercilik yoktu. İş içinde eğitilirlerdi öğrenciler. Harcımızı yapardık. Harç yapmayı öğrenmek için değil, duvar için yapardık. Tuğlamızı yapardık. Yaptığımız tuğlayla duvar örerdik. Bina yapardık. İş eğitimi esastı. Bu deneyimden bugünkü bölge okullarında yararlanılabilir. Meslek okullarına uyarlanabilir.

Av. Nizamettin Erkul: Uygulamaya yönelik hepsi.

Av. Sabri Kurt: Evet hepsi uygulamaya yönelik. Bizzat uygulamaya yönelik çalışırdık. Şimdi bu çalışma içerisinde köy enstitülerinin bir kültür dersleri, teknik dersler, tarım dersleri, iş dersleri ayrı ayrıydı. Bir hafta birisi, tarıma ayrılırdı. O sınıf hep tarlaları sürme, ineklere bakma, tavuklara bakma. Öbür hafta bir sınıf nöbetle, meydanları süpürme, tuvaletleri temizleme, yemekleri hazırlama.. bir sınıf onlara bakar. Ve okul yönetimi öğrencilerin elindedir. Cumartesi günleri bir forum düzenlenir. Her Cu-

martesi bu hafta neler yaptık. İyi yapılan şeyler nelerdir, aksaklıklar nelerdir. Okulun hademesinden müdürüne kadar eleştirel bir görüş ileri sürülür. Konuşmalar yapılır. Öyle bir ortamda yetiştiğimiz için köy enstitülerinden çıkanlar feodal düzeni sarstı. Örneğin Fay Körby denilen bir Amerikalı kadın köy enstitüleri ile ilgili inceleme yapmaya geliyor. Doğuda diyor, bir ağayla konuştum. Sordum köy enstitüleri nasıldır. Dedi iyidir. Biz de köy enstitülerine öğrenci verdik. Tarla verdik, okul yaptık. Ama Akçadağ'daki çocuk öğretmen olmuş, gelmiş. Bizim köyde köylülerin bütün işlerini yapmaya başladı. Askere mektup yazarlar. Hükümetle iş olursa onu yaparlar. Hasta doktor işleri olursa önyak olurlar. Bu köylüler benim ortakçım. Tarlalarım da ekin ekiliyorlar. Yarısı benim yarısı onların oluyor. Bu sefer ağam bu sene kurak geçti. Sana dörtte birini verelim demeye başladılar. Öğretmenler benim payımı ayarlamaya başladılar. Bizim otoritemiz sarsıldı. Onlar gelmeden benim adamlarım yapıyordu bu işleri. Bizim otoritemiz sarsıldı.

Av. Erdem Gümüş: Özet olarak şöyle bir atasözü var: “Okuduklarımı unuttum. Gördüklerimin birazı aklımda. Yaptıklarımı öğrendim.”

Av. Muhittin Üstündağ: İşte köy enstitüsü felsefesi bu.

Av. Erdem Gümüş: Ben, o kuşak öğretmenlerinin öğrencisi oldum. Köy enstitülerinin öğretmen okullarına dönüştüğü söyle-nirdi. 1970'lere kadar da o niteliğe yakın öğretmenler yetişti diyebilirim. Ondan sonra MC hükümetlerinde koptu. Ondan sonra öğretmenlerin giyimi, davranışı, tavrı değişti.

Av. Sabri Kurt: Köye giden öğretmen hemen köyden kaçmak isterdi. Oysa köylüyle haşır neşir olsun, köylüyle her bakımdan kader birliği yapsın diye köy öğretmenlerine orada tarla da verilirdi. İnek, öküz verilirdi. Köylüye örnek olarak sen daha bilimsel yetiştir. Ve 20 sene köyde öğretmenlik yapacaksın. Şehirde öğretmenlik yasak. Benim Hanım köy enstitüsü mezunu. Ayvacık ortaokuluna tayin oldum. Hanım 7 kilometre uzakta bir köyde öğretmenlik yaptı. Ayvacık'ın Sapanca köyünde. Sapanca köyünde ev tuttuk. Ben bir motosiklet aldım. Sabahleyin motosikletle kazaya ortaokula derse gider gelirdim.

Av. Erdem Gümüş: Yıl kaç?

Av. Sabri Kurt: Yıl 1950.

Av. Nizamettin Erkul: Biraz da başkanım, sağlığınızın sırrını da söyleyin bizlere. Yani bugün hayret ettim. Bizden büyük olduğunuzu biliyorum ama, bu kadar olduğunu bilmiyordum.

Av. Sabri Kurt: Şimdi bakınız. Olaylara objektif bakabileceksiniz. Her olayı dert edinip strese girmeyeceksiniz. Stres insanın en büyük düşmanı oluyor. Yani hani atalarımızın bir sözü var. “Duvarı nem, insanı gam yıkar” diye. Meslektaşlarımızın da en büyük sorunu budur. Ben avukat olarak mesleğimin gereğini yaptım mı tamam. Ondan sonra artık müvekkilin derdine dertlenirsen, onunla strese girersen ömür kısılır, vücudun kimyası bozulur. Strese girildiği zaman insanın vücudundaki salgı bezleri değişik çalışıyor. Mide ayrı, tükürük bezleri ayrı, karaciğer ayrı. Ondan sonra fizyoloji bozuluyor. Korkmaz Yiğit vardı, cezaevinde çıkınca mahkemede; “Vücudumun kimyası bozuldu” dedi. İsmail Cem çok iyi bir kişiydi, sağlıklıydı. Truva atı gibi geldi, Kemal Derviş, Seni başbakan yapalım diye. Partiden ayırdılar. Hüsamettin Özkan’la birlikte parti kuracak, sen başbakan olacaksın diye. Sonra ortada bırakıverdiler. Bana öyle geliyor ki işte bu üzüntüden kanser oldu İsmail Cem. Bundan kanser oldu. Kallesliğe uğradı.

Av. Muhittin Üstündağ: Bir kere ülkenin önündeki tehlikenin de farkına vardı.

Av. Sabri Kurt: Kemal Derviş onunla birlikte parti kuracaktı. Bir Amerika’ya gitti geldi. CHP’ye geçiverdi. Ondan sonra Cem ortada kaldı. Yani bu lafa nereden geldik. Strese girerseniz, olacağı bu.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım Baro Başkanı olarak gerçekleştirmek istedikleriniz nelerdi? Nerede başarılı oldunuz? Nerede olmadınız? Bu konularda bizi aydınlatır mısınız?

Av. Sabri Kurt: Şimdi bu demin ki konuşmalarım arasında belki geçmiştir. Biz yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi üzerinde çok durduk. Ancak Yüksek Hakimler Savcılar Kurulu’nun oluşumunu sürekli her panelde her yargı yılında da eleştirdik. Siyasi kişilerin burada bulunmaması gerektiğini, müsteşar olmamalı onların ayrıca bir sekreteryası olması lazım dedik. Bunu başaramadık. Hakimler savcılar yüksek kurulunun bağımsız bir kuruluş

olmasını sağlayamadık. Ondan sonra bizim anayasamıza göre yürütme erkinin yargı erki üzerinde, yasama üzerinde bir ege-menliği var. Yani bugün Türkiye'de kuvvetler ayrılığı ilkesi, tam bir ayrılık yok. Anayasada ne diyor. Bu kuvvetler ayrılığı bir iş bölümüdür. Birbirine üstünlüğü yoktur. Biri diğerinin üstünde de-ğildir. Birisi diğerinin işine karışmaz. Ama bizim uygulamamızda yürütme organı her şeye karışır.

Av. Erdem Gümüş: Hollanda'da incelediğim kadarıyla Savcılar Yüksek Kurulu var. Yargıçlar Yüksek Kurulu var. Avukatlar Yüksek Kurulu var. Baro seçimlerine yargıçlar, savcılar da katılıyor. Yargıda hükümetin hiçbir etkisi yok. Yargının siyasi erkle hiçbir bağlantısı yok. Anladığım kadarıyla o ideal gerçekleşmeli.

Av. Sabri Kurt: O ideal gerçekleşmedi. Yargı bağımsızlığını sağlayamadık. Yargıç güvencesini sağlayamadık. Kuvvetler ayrılığı ilkesi tam olarak olamadı.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, bizim dönemimizde şu katkı-mız oldu, şu yenilikler yapıldı gibi neler söyleyebilirsiniz?

Av. Sabri Kurt: Şu görüşü taşıyorum. Bir kurumu temsil eden bir baro başkanı nihayetinde bir hukuk kurumu başkanı olduğu için güncel olaylara anında takip edip doğru dürüst bir tavır ko-yabilmeli Gündemi çok yakından sıkı izleyeceksin. Tavrını koyacaksın. Çünkü bu tavrınla sen kamuyu hazırlıyorsun. Kamuyu etkiliyorsun. Gerektiğinde karar mekanizmalarını etkiliyorsun. Onun için ben başkanlığım sırasında yönetim kurulu arkadaşla-rımla birlikte bu konuda başarılı çalışmalar yaptığımıza inanıyo-rum. Yani kamuoyunu uyarma adına.

Av. Erdem Gümüş: Kamuoyunda meslektaşlarımız arasında şöyle bir öz eleştiri var. Deniliyor ki, Başkanlar çok bağımsız, ko-puk çalışıyor. Bu konu nasıl çözülmeli, Başkan bireysel mi gün-demi takip etmeli, yönetim kuruluyla mı gündemi takip etmeli?

Av. Sabri Kurt: Bireysel takip etme değil. Ben biraz önce ar-kadaşlara dedim ki, Baro başkanı olan kişi en yetenekli, her şe-yi en iyi bilen kişi demek değildir. Baro başkanı olan kişi durgun güçleri harekete geçirebilen, dinamikleri örgütleyebilen, katılımı sağlayabilen kişidir. Onun için ben başkanım, ben yaparım, ben bilirim diye sadece başkanın gitmesi bence başarısız olur. Doğ-ru olmaz. Ekiple olmalı, ben bunu yaptım. Yani ben ekip çalış-

ması yaptım. Ve birbirimize çok bağlıydık. Çok anlayışlıydık. Yönetim kurulu toplantılarında her türlü fikirleri tartışırdık, konuşurduk. Muhalefette olanlarla nihayet belli bir noktada birleşirdik. Yani tek başına ben yaparım, ben başkanım dememişimdir.

Av. Erdem Gümüş: Yani tabanın sesini dinleyerek hareket etmeli mi?

Av. Sabri Kurt: Tabi. Tabaanın sesini dinleyeceksin. Ekip çalışması yapacaksın. Tabanı çalışmalarına katacaksın. Ancak o zaman örgüt etkin olur. Bu gelenek benden önce de vardı her halde ki, gerçi İskender'e başkaldırdılar. Benim yönetimimdeki arkadaşlarım benim ben başkanım, benim dediğim olacak gibi davrandığımı söyleyemezler.

Av. Erdem Gümüş: Bir de Başkanım, baroların bağımsızlığı konusu var. Türkiye Barolar Birliği (TBB)'ne bağımlı baro, bağımsız baro. Bu konuda ne düşünüyorsunuz?

Hiyerarşik etki, denetim? Türkiye çapında birlikte hareket edilmeli, TBB merkezi olarak başı çekmeli mi? Barolar bağımsız mı olmalı?

Av. Sabri Kurt: Bence bir hiyerarşik kademe olmalı. Yani Barolar Birliği de bizim birliğimiz. Bizden çıkmıştır. Onun için eğer her baro özerk ayrı olsun, Barolar Birliği buna etki etmesin diyecek olursak o zaman parçalanmaya gider. Yani birlik olmak daha bir güç kazandırır.

Av. Muhittin Üstündağ: Değerli Başkanım. Bu anlamda en son geçtiğimiz Şubat ayının 9'unda TBB 15. Başkanlar Toplantısını yaptı. Efendim o başkanlar toplantısında ülkenin sıcak gündemi türban konusunda TBB bir açıklama yaptı. Baro başkanları bu söylem sırasında şimdiye kadar Türkiye Barolar Birliği'nin ve Türkiye barolarının hiç yaşamadığı şekilde bir korsan söylem ve ardından da ayrı bir bildiri sunulması olayını yaşadık. Bu konuda görüşlerinizi alabilir miyiz?

Av. Sabri Kurt: Şüphesiz ayrı fikirler olacak. Hepsi tornadan çıkmış gibi aynı olamaz. Onlar da ayrı söylemek de haklı. Özgür düşünce diyoruz ya. Ancak ben ayrılanların tam konuya vakıf olmadığını, bu türban konusunun arkasında ne gibi niyetlerin olduğunu nelere doğru gidildiğinin farkında olmadıkları kanısındayım. Yani şu anayasanın son değişikliğinde de baktığım zaman

hiçbir şey yok gibi. Ama bu adeta bir surda gedik açmak şeklinde. Öyle bir gidiş var ki bizim gerçi bir politikacıların söylediği gibi İslam Türkiye'de Arabistan'daki gibi adam yetiştirmez. Bizim Türk İslamının içerisinde Yunus Emre çıkmıştır, Pir Sultan Abdal çıkmıştır, efendim, Mevlanalar çıkmıştır. Bizde tam koyu bir şeriat olmaz düşüncesindeler ancak eğer biz buna karşı duyarlı olmayacak olursak, daha bugünden adamlar işçi yasağı getiriyorlar. Efendim kadınların oturduğu yer ayrı olsun, erkeklerin ayrı olsun. İslamı kendi görüşlerine göre tanımlıyorlar. Üstelik işine geldiği şekilde tanımlıyorlar. Örneğin her zaman dile getirilir. Kuran'da faiz haram diyorlar. Ama örtünme, başörtüsü yok. Başörtüsü meselesi sadece kadınlar göğsünü örtsün şeklinde. Yani faize Kuranın emridir bunu uygulayalım demiyorlar da Kuran'da olmayanı başörtüsü yoluyla bu yola gidiyorlar. Yani siyasi bir simge durumuna getirdiler. Ve ülkenin yönetimini din eksenli bir yönetime dönüştürüyorlar. Orada Barolar Birliği'ndeki karşı çıkan grup da sanıyorum bu iktidarın gidişini iyi gören, onlarla birlikte hareket eden bir grup olsa gerek.

Av. İlhan Erkul: Ya da savunma mekanizmasının siyasallaşması olmuyor mu bu alınan tavır. Ülkenin şu dönemde en çok birlik ve beraberliğe ihtiyaç duyduğu bir dönemde bir çıkış yapması 12 Baro başkanının ayrı bir bildiri yayınlanması, her ne kadar özgürlükse de, bir nevi bölünme ya da parçalanma yaratır mı Barolar Birliği'nde. Ya da siyasallaşma barolara da mı sıçramıştır?

Av. Sabri Kurt: Şimdi siyasallaşma meselesi deyince. Barolar da siyaset yapmalıdır, yapacaktır. Yani bir siyasi parti gibi yapmayacak gayet tabi. Çünkü siyasi partinin amacı iktidara gelmektir. Ama baroların amacı iktidara gelmek değil, ülkede hukukun üstünlüğünü sağlayacak bir politika yürütmek. Her türlü hukuksal konuşmalar siyasi olabilir ülkenin yönetimi ile ilgili.

Av. Muhittin Üstündağ: Ama barolar başta anayasaya sahip çıkmak durumundalar.

Av. Sabri Kurt: Tabi sahip çıkacak. Ama barolar siyaset yapmasın denilmez. Bu baroların görevidir.

Av. İlhan Erkul: Başka bir şey daha var. Biraz önce hani son 10-15 yılda barolar bir nevi baskıdan kurtuldu. Adalet Bakanlığının vesayetinden kurtuldu. Şimdi bu mücadelelerle bu noktaya

gelindi. Ama son günlerde bakıyoruz mesela adliyemizde de var. Baroda da Avrupa Birliği fonları yoluyla yine barolar vesayet altına alınmak isteniyor mu, istenmiyor mu. Yani dolaylı yoldan bu defa Adalet Bakanlığı yoluyla baskı almak yerine vesayet altına almak yerine Avrupa Birliği fonlarıyla Avrupa Birliği patentli ya da eğitimler ya da ona göre yeni şeyler tesis etmek yoluyla da sizce vesayet altına alınmış olmuyor mu?

Av. Sabri Kurt: Şimdi benim o konudaki görüşüm şöyle. Bizim de Avrupa Birliği'ne devletin verdiği paralar var. Eğer koşulu kendimiz belirlersek, oradan bir ödenek alınca onların emrine girmemek, onların dediğini yapmamak koşuluyla alırsak, ben alınmasına taraftarım. Örneğin ben bin tane köy çocuğunu alacağım. Bölge yatılı okulları yapacağım. Ve kendim o çocukları yetiştireceğim, oralara yerleştireceğim. Tahsilini yaptıracacağım. Bunun için bana ödenek ver. Alırsak bence faydalı. Benim bu çocukları yetiştirmemde onları kendi eğitimim altında yetiştirmemde onların etkisinde bir şey görmem. Ama eğer diyorsanız ki onlar parayı verirken mutlaka kendi koşullarını programını dayatırlar. Bunu yapacaksın. Böylece biz sana vereceğiz derlerse o zaman kabul etmem. Kabul edilmemesi lazım. Yani ben parayı alacağım. Ama senin dediğini yapacağım. Ben onu kabul etmem. Ama hiç onun dediğine uymadan kendi koşullarımı kendim koyarak alıp kullanabilirim görüşündeyim.

Av. Erdem Gümüş: Evrensel kalkınma, eşitlik içinde kalkınmaya yararlıysa uygun. Ama tek yönlü dayatmaysa hayır. Özet olarak öyle düşünüyorsunuz her halde?

Av. İlhan Erkul: Belli bir programın parçası olarak gelirse hayır.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, biraz önce konuştuğumuz konuya döneceğim yine. Örneğin türban olayında Barolar Birliği ülke çapında karar alma girişiminde bulundu. 12 baro da olsa karşıt görüş sundu. Hiyerarşik olarak TBB merkezi otorite olsun dediğimiz zaman bu tip çelişkiler olunca daha mı faydalı olur, daha mı zararlı olur?

Av. Sabri Kurt: Tartışma olacak. O da fikirlerini söyleyecek. En nihayet çoğunluğun fikrinden yana olacak.

Av. Erdem Gümüş: Anladığım kadarıyla merkezileşmesi daha etkin olur kanaatindeyiz?

Av. Sabri Kurt: Evet öyle. Yani merkezi otoriteden ayrı bağımsız barolar kendi bildiğine göre hareket etsin düşüncesinde değilim.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, bir de bu sosyal güvenlik kurumu sorunu var. 70 milyonun haklarını biz arıyoruz, biz kuruyoruz, biz kolluyoruz. Ama ne yazık ki, sosyal güvenlik yönünden bizden güvensiz bir meslek kitlesi sanıyorum yok. Bu nedir, bunu niye aşamıyoruz? Bu konuda sizler neler yaptınız, neler yapılmalı?

Av. Sabri Kurt: Güvenlik konusunda zaten bizim ayrıca biz sigorta primi ek yatırırsak sağlık hizmetlerinden de yararlanırsun.

Av. Erdem Gümüş: Bunun tartışmasız, kişilerin isteğine bırakmadan çözümü uygun olmaz mı? Örneğin genç meslektaşlar bugün primleri yatıracak durumda değiller.

Av. Sabri Kurt: Şimdi biz avukatlar Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı olduğumuza göre, şimdiki iktidarla bağ kurup, bu sosyal güvenlik kurumundan avukatların da yararlanması sağlanmalıdır.

Av. Erdem Gümüş: Yani keyfiliğe bırakılmadan tartışmasız güvenceye alınmalıdır.

Av. Muhittin Üstündağ: Soruyu şöyle sormak lazım. Yanlış anlamazsanız. 1136 sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra topluluk sigortası yapıldı. Avukatların topluluk sigortasına girişiyle birlikte sadece ihtiyarlık sigortası zorunlu kılındı. Ama analık ve hastalık sigortası kendi isteklerine bırakıldı. Şimdi burada acaba avukatlar sadece prim ödeme sorumluluğundan kurtulmak için mi bunu tercih ettiler. Yoksa bunun tercih edilmesinin arkasında başka bir sebep var mı?

Av. Sabri Kurt: O, benim edindiğim bilgiye göre avukatların Sosyal Sigortalar Kurumuna kesinlikle alınmaması yönünde kuvvetli bir cereyan varmış. Almak istemiyorlarmış SSK'ya. Bunu aldırabilmek için o fedakarlığı yapmışlar. Niye alalım avukatları, işçi değil gibilerden o nedenle hepsini birden kabul ettirememişler.

Av. Muhittin Üstündağ: Değerli Başkanım, o konuda pek çok konuda olduğu gibi yine İzmir Barosu ilkeli davranmış, bu fikri

ortaya atmış. Topluluk sigortasıyla ilgili çalışmaları da o dönem başkanlarımız yürütmüş, onları kutluyoruz gerçekten. Bir kazanımdır. Sağlık sigortası olmasa dahi, topluluk sigortası şemsiyesi altında avukatların toplanmış olmaları büyük başarıdır. Bugün gündemde olan yasayla birlikte genel sağlık sigortası kapsamına avukatlar da alınıyor. Bir de 2001'deki kazanımlardan bahsederken bir diğer önemli kazanım da 2001 yılında vekalet pulu uygulamasıdır. Vekaletnamelere yapıştırdığımız baro pulu uygulamasıyla TBB bünyesinde bir fon oluşturuluyor. Bu fonun 1/2'si stajyerlere kredi olarak kullanılıyor. 1/2'si de sağlık ve sosyal yardım fonunda meslektaşlara dağıtılmak üzere toplanıyor. Bu konudaki görüşlerinizi almak istiyorum.

Av. Sabri Kurt: Bu gayet güzel oldu. Çünkü bizim ve benden önceki başkanların zamanında çalışanların ücretlerini ödeyemez duruma geliyorduk. Kendimiz para toplayalım, verelim durumuna düştüğümüz bile oluyordu. Böyle bir fonun oluşması baroları gerçekten canlandırdı. Ekonomik bakımdan güçlendirdi. O bakımdan iyi bir hüküm.

Av. Nizamettin Erkul: Başkanımızın güzel bir önerisi vardı, şimdiki Başkanımızın ve yönetimin bununla ilgili. Açılan davalardan dahi bu fona para aktarılması şeklinde, o fonun güçlendirilmesi gibi.

Av. Muhittin Üstündağ: Sosyal Güvenlik Sisteminde, emekli olduklarında avukatların da hakim-savcı denklığında bir gelire sahip olmaları çabası, ama bu bir yasal düzenleme yapılarak gerçekleştirilebilir.

Av. Sabri Kurt: Tabi biz bir yeşil pasaportu bile elde edemedik. Ondan sonra avukatlık kimliğinin her yerde geçerli durumda olmasını temin edemedik.

Av. Muhittin Üstündağ: Bakın efendim, çok ilginç bir konu daha var. Mahkemelerin avukatlık ücret tarifesine göre hüküm kurulduğu sırada davayı lehine sonuçlandırdığı taraf kendini vekille temsil ettirmişse, onun lehine bir ücret takdir ediliyor. Şimdi bu ücreti ilamın icrası yoluyla tahsil ederken makbuz kesmek zorunda kalıyorsunuz. O asgari ücret tarifesindeki rakam içerisinde bir de katma değer vergisi ayırt ediliyor. Hükümetin bu konuda bir genelgesi var. O asgari ücretin yüzde 18'i yaklaşık 1/5'i de yine devletin kasasına dönüyor. Bununla ilgili mücadele ya-

pılıyor. Ben bununla ilgili olarak kamu maliyesine yazdım. Bütün milletvekillerine yazdım, dedim ki, o katma değer vergisi istisna kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husustur. Katma Değer Vergisi Kanununu bu yönüyle değiştirin. Bu teklifim 1999'dan beri komisyonda bekliyor.

Av. Sabri Kurt: Evet. Vergi meselesinde biliyorsunuz hayat standardı diye bir şey getirmişlerdi. Kazan kazanma arkadaş, bu sene hayat standardı, beş bindir. İstersen sen iki bin kazan. Beş binden vergi vereceksin diye. O konuda da çok mücadele ettik. Neticede kaldırıldı.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, ben inceleyebildiğim kadarıyla, Avrupa'da meslektaşlarımız mesleklerini icra ederlerken vekili oldukları kişilerin zararına olabilecek, süre kaçırma gibi hak düşürücü savsamaları, buna benzer görevi kötüye kullanmaları sonucu vatandaşların hak kaybına uğramaması için avukatlar sigortalı. Vatandaş zarara uğrarsa avukatın sigortasından o zarar isteyip alabiliyorlar. Bu konuda çalışmalarınız oldu mu?

Av. Sabri Kurt: Bizim zamanımızda bu konuda hiç çalışma olmadı.

Av. Muhittin Üstündağ: Mesleki risk sigortası poliçesi diye bir poliçe var. Bu poliçe uygulamaya geçti. Siz müvekkilin işini alırken bu sigorta primini ödemek suretiyle, aldığınız her işle ilgili ayrı bir poliçe düzenlemek suretiyle bundan faydalanabiliyorsunuz.

Av. Erdem Gümüş: O ülkelerde Baroya kayıt olmak için mutlaka ve mutlaka sigortalı oluyorsun. Ondan sonra baro sana avukat unvanını veriyor. Yani vatandaş güvenceye alınmış.

Av. Muhittin Üstündağ: Bunlar artı maliyet getiriyor tabi. Bugünkü koşullarda piyasa değerlendirmelerinde asgari ücret tarifi hatta, hatta yönetim kurullarının öngördüğü asgari ücret tarifiyle dahi iş kabul edebilecekken bunu sağlayamıyoruz. Maalesef bir de bunun üstüne bir de onu maliyet olarak koyarsak, mevcut piyasa koşullarında bu ne kadar uygulanabilir?

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, buna karşılık avukatlar içinde şu güvence var. Vatandaşlar da hukuk sigortalı. Sen vatandaşla ücreti hiç konuşmana gerek kalmıyor. Sözleşmeni onun hukuk sigortasına gönderiyorsun, ücretin hemen hesabına yattıyor.

Av. Nizamettin Erkul: Ondan sonra tabi bir avukatın istismarı söz konusu olabilir mi, çok güzel bir şey.

Av. Erdem Gümüş: Karşılıklı güvence. Vatandaşla avukat arasında ticaret ilişkisi en aza inmiş.

Av. Muhittin Üstündağ: Değerli Başkanım, daha uygun bir yasal uygulama var. Yeminli mali müşavirler devletin mührünü kullanıyorlar yasaları gereği. Yeminli mali müşavirlere ilişkin yasa da o mührün kullanılması sırasındaki tarifenin meslek odası tarafından belirleneceği ve o tarifeye ilişkin sözleşmenin, meslek odasının bastırdığı sözleşmenin, onaylı sözleşmenin kullanılmasını zorunlu kılan bir uygulamayı getirmiş. Dolayısıyla siz yeminli mali müşavirliğinizi yaparken meslek odanızdan o ücret sözleşmenizi alıp müşterinizle onu yapmak zorundasınız. Böyle bir uygulamanın esasen bizim avukatlık mesleğinde de mutlaka yapılması şart. Bu takdirde meslektaşın baroyla bağlantısını, baronun mesleki faaliyet üzerindeki denetimini ve en azından avukatın ücretinin garanti altına alınmasını olanaklı hale getireceğiz. Bu yönde bir çalışma yürütüyoruz.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, bir de avukatların iş alanı konusu var.

Av. Sabri Kurt: Evet. Siz gelmeden bahsetmiştim. Belli şirketlere avukat zorunluluğu getirme önerimiz vardı. Ayrıca bir de şunu önermiştik. Noterde ve tapularda vekaleten yapılacak işlerde mutlaka vekalet avukata verilir. Avukat olmayan noterlerde, tapularda vekaleten iş yapamaz, hükmünü getiriyorduk. O zaman çalışma alanı daha da genişliyordu. Ne oluyor, Almanyalı bir işçi burada bir daire satın alacağı zaman birisine vekalet veriyor. O zaman avukata verme mecburiyetini getiriyorduk. Avukat yapacak. Efendim, araba alım satımları noterde yapılıyor. Orada avukatlara vekalet verilsin dedik. Ancak onu ben bir genel kurulda da dile getirmiştik de o iş takipçileri mektup bombardımanına tutmuşlar milletvekillerini, ve iş takipçileri başarmış bunu çıkarmışlar. Demek ki barolar bunlar kadar iyi çalışmamış diye de söyledilerdi.

Av. Muhittin Üstündağ: Evet, bunu hatırlıyorum efendim.

Av. Erdem Gümüş: Bir de önemli sorun. Yönetimde kaldığınız sürece siz de görmüşsünüzdür. Avukat hakkında en ufak bir

şikayette, Adalet Bakanlığı hemen soruşturma açıyor. Yani on şikayet giderse ya bir ya ikisi kovuşturmaya yer olmadığı kararı çıkıyor. Hepsine soruşturma açıyor. Bir sürü meslektaş yargıda. Uygulamada da yargıç ve savcılar kendilerine vatandaşlarca yapılan hakaretimsi davranışlar, saygısız davranışlara karşı gösterdikleri titizliği avukat için göstermiyorlar. Bu konuyu nasıl aşacağız. Bu konuda çalışmalarınız oldu mu? Önerileriniz neler?

Av. Sabri Kurt: Adalet Bakanlığının rasgele yapılan her başvuruda kovuşturma izni vermesi doğru değil. Yani bir kişinin aklansa bile basit bir meseleden dolayı hakkında kovuşturma açılması rencide edici bir davranış. Ancak Adalet Bakanlığının bu konuda titizlikle davranması önemli. Bu konuda çalışmamız olduğunu hatırlamıyorum.

Av. Muhittin Üstündağ: Değerli Başkanım, sizin İzmir Barosu başkanlığınız iki dönem devam etti. İzmir Barosu'nun bir geleneği var. Bugüne dek sanırım Enver Bey döneminden bugüne kadar süre gelen gelenek. Başkanlarımız iki dönemden fazla başkanlık yapmıyor. Bu konudaki görüşünüzü alabilir miyim?

Av. Sabri Kurt: Ben iki dönemden fazla yapılmamasının uygun olduğu, doğru olduğu kanısındayım. Çünkü maalesef insanlarımız bir yere alıştığı zaman ayrılmasını bilmiyorlar. Daha önce bizdeki bu gelenek yokken 27 yıl baro başkanlığı yapanlar var. Gençlere, yeni yetişenlere imkan tanımak lazım. Onun için sürekli Ankara'da 1 yıldır. Yalnız şu son Ahsen Coşar bu geleneği bozdu. Bu geleneği Ahsen Coşar bozdu. 3. döneme gidiyor o. Bence iki dönem çok uygundur. Gençlere yer açılsın. Bir dönem az. Çünkü bir dönemde insan protokolü bile tam doğru dürüst tanıyamıyor. Ben o kanıdayım ki, ikinci dönemim daha başarılıydı. Sonra şöyle diyorum, bizim gerek politikayla uğraşanlar, gerek başka bir makamı ele geçirenler ihtiyarlarsalar da bırakmak istemiyorlar. Dün Rusya'da cumhurbaşkanı seçildi. 42 yaşındaki bir genç, koskoca devletin başına cumhurbaşkanı seçildi. Ama bizde 60-70 yaşına geliyor, hala parti başkanlığını bırakmıyorlar.

Av. Erdem Gümüş: Gençleştirmenin daha yararlı olacağı kanısındasınız.

Av. Sabri Kurt: Daha yararlı, ve hatta ben genç meslektaşlarımızın bizlerden daha yetenekli olduklarına inanıyorum. Yetenekleri şurada. Yeni teknik donanımlardan, yeni teknik aletler-

den bizden daha çok faydalanabiliyorlar. Enerji bakımından da, şu bilgisayarı kullanmak, cep telefonunu kullanmak.. Yaşlı avukat kullanamıyor. Ama gençler daha iyi biliyor. O nedenle gençleştirmek lazım.

Av. Erdem Gümüş: Bir de diyelim ki istisna yaradılışlı bir başkan. Üretken, çalışkan, kararlı, ufku geniş. Onu çekiyor. Onun yerini dolduracak biri de çıkmazsa, çıkamıyorsa?

Av. Sabri Kurt: Onu al, danışman olarak kalsın. Mutlaka yenilensin.

Av. Muhittin Üstündağ: Değerli Başkanım, sizin baro başkanlığınızın yanında TBB'nde de göreviniz var. TBB başkan yardımcılığı yaptınız.

Av. Sabri Kurt: Başkan yardımcılığı değil, yönetim kurulu üyeliği yaptım.

Av. Muhittin Üstündağ: Yönetim kurulu üyeliği döneminde de yaşadıklarınız konusunda bizi bilgilendirir misiniz?

Av. Sabri Kurt: TBB yönetimindeyken ben devamlı yönetim kurullarıyla da irtibat halindeydim. Onların dileklerini, isteklerini oraya aktarırdım. Orada çeşitli yerlerde, toplantılarda görüşlerimizi yaymaya, fikirlerimizi oraya taşımaya çalıştık. Mesela bir anayasa hazırlatmıştık. O daha ziyade bizim İzmir'in baskısıyla oldu. Anayasa profesörlerini davet ettik. İlk yeni bir anayasayı yaptırmıştık. İzmir'in teklifiydi o. Avukatlık Yasası üzerinde çok çalıştık. Son Avukatlık Yasası ben yönetimdeyken çıkarıldı.

Av. Muhittin Üstündağ: Yani 82 Anayasasını eleştirel olarak değerlendiren İzmir Barosu bir alternatif düşünce olarak onu sunmuştu.

Av. Sabri Kurt: Anayasa profesörleriyle yeni bir anayasa yapıldı.

Av. Muhittin Üstündağ: Hangi yıldır Başkanım?

Av. Sabri Kurt: Ben orada 2001'e kadar çalıştım.

Av. Muhittin Üstündağ: Sizden sonra İzmir Barosu maalesef Türkiye Barolar Birliği'nde içinde bulunduğumuz döneme kadar temsilci bulunduramadı.

Av. Sabri Kurt: Yönetimde Muhsin Ergazi var şimdi.

Av. Muhittin Üstündağ: Sizden sonra ilk defa Muhsin Bey var.

Av. Sabri Kurt: Benim Baro başkanlığımın döneminde 1989'da Giresun'da genel kurul yaptığımızda biz İzmir'den yönetime Fehmi Çam'ı aday göstereceğiz dedik. Aday gösterdik. Ankara'dakiler başta Önder Sav olmak üzere biz Fehmi Çam'ı istemiyoruz dediler. Biz de sizin dikte ettirdiğiniz ismi kabul etmeyiz. Bizim adayımız budur. Aksi takdirde vermiyoruz. Başka isim de önermiyoruz dedik. Böylece 1989 yılında seçilen yönetimde de İzmir temsil edilmedi. İzmir temsil edilmeyince biz ayrıca İzmir'de Barolar Birliği'nden ayrı oluşumlar sağladık burada. O da neydi. Ege Bölgesi baro başkanlarıyla pek çok toplantılar yaptık.

Av. Muhittin Üstündağ: Önder Sav'ın başkanlığı döneminde.

Av. Sabri Kurt: Önder Sav Birlik başkanıydı. Ben İzmir Barosu başkanıydım. İzmir Barosu başkanı olduğumda o bana telefon etti. Tanışmıyorduk daha o zaman. Ben dedi Giresun'da Barolar Birliği Başkanlığına adaylığımı koymak istiyorum dedi. Büyük illerimizin başkanları olarak öncelikle size duyuruyorum dedi. Ben de dedim, "Önder Bey, ben sizi gıyaben tanıyorum, duyuyorum birlik başkanlığına adaylığınızı. Ancak şöyle de bir duyumum oldu. Önder Sav Barolar Birliği başkanlığını milletvekilliğine basamak yapacak diye duydum" dedim. Öyle bir cevap beklemiyordu benden. Yok dedi, benim dedi, buna ihtiyacım yok ki, ben çalışma bakanlığı yapmış adamım dedi. Çalışma bakanlığı yapmışsın ama kaç sene önce. Unutuldu, gitti. Nitekim, Giresun Kongresi'nde biz Halit Çelenk'i destekledik. Halit Çelenk adayımızdı. Fakat Halit Çelenk deneyimsiz. "Bana o kadar söz veren baro başkanları Kars Baro başkanı hay hay sizden iyisi mi olacak dedi. Şimdi gelmiş bana selam bile vermiyor" dedi. Önder Sav çok iyi kulisçidir. Çok iyi örgütler.

Av. Erdem Gümü: Başkanım, hukukçu olmanın özelliğinden olacak, İzmir Barosu'nda istikrarlı bir yönetim var. Yani gruplaşmada çok çekişmeli bir dönem yaşanmadı. Son dönem hariç. Sizin döneminiz istikrarlı geçti. Ama buna karşın kısmi bir gruplaşma var mıydı, vardiysa sebepleri neydi?

Av. Sabri Kurt: Benim dönemimde ben her ne kadar çağdaş avukatlar grubundan çıkmış isem de, bizim yönetim kazandıktan sonra biz artık İzmir Barosu yönetimiyiz. Biz çağdaşın temsilcisi değiliz tutumuyla hareket ettik. Ve meslektaşlarımız arasında

çok iyi bir kaynaşma sağladık. Geziler tertipledik, toplantılar tertipledik, yürüyüşler tertipledik. O nedenle hiç benim zamanımda bir ayrılma, bir gruplaşma olmamıştır. Ve ben başka arkadaşlar yaptı mı bilmiyorum. Geçimimi avukatlıktan tayin etmedim. Nasıl olsa benim hanım emekli öğretmen, ben de emekliyim diye yeni iş ve dava kabul edilmez diye levha astım. Dört sene astım. Eski işlere devam ettim. Yeni hiçbir dava almadım. Bazıları çok kırıldı bana ama, ben o prensip kararını aldım.

Av. Muhittin Üstündağ: Bu önemli bir karar. İlkeli bir davranış.

Av. Sabri Kurt: O zaman daha çok Baroya zaman ayırabiliyorsun. Zaten ben adaylığa soyunanlara yalnız mı çalışıyorsun, büroda arkadaşların var mı diye sorardım. Gerçekten tek başına çalışan, bürosunu yalnız idare eden bir arkadaşın baro yönetimine aday olmaması, girmemesi lazım. Bir hukuk bürosu şeklinde çalışıyorlarsa bir tanesi özveride bulunup gitmeli. Gerçekten Baro yönetimine aday olmak çalışmak bir fedakarlıktır. Bir özveridir. Öyle benim yönetimde adım olsun da, olmaz öyle şey.

Av. Erdem Gümüş: Siz başkan olarak yarıştınız mı, her iki dönem için kiminle yarıştınız?

Av. Sabri Kurt: Şimdi o kadar dostluğumuz var ki. Mesela birinci dönemde yanında staj yaptığım Haluk Baykent adaydı, Ayten Baskın adaydı, Lütfü Kılıç adaydı, ben adaydım. Sanıyorum Halis Kırışman da vardı. Epeyce kalabalık bir gruptu. Bu arkadaşlar arasında hiçbir kırgınlığımız olmadı. İkinci dönemde Lütfü Kılıç'la Halis Kırışman kaldılar. Üçlüydük. Kol kola resimler çektirirdik.

Av. Erdem Gümüş: Bir de Başkanım, bugünlerde bir başbakan çıkıyor ki, "Türkiyeliyiz" diyor; bir cumhurbaşkanı çıkıyor diyor ki, "Ne Mutlu Türküm Diyene" sözleri ilkeliktir, diyor. Şimdi bir de Türk Ceza Kanunu'ndan 301 madde kaldırılсын deniyor. Böyle bir başbakan, böyle bir cumhurbaşkanının olduğu bir dönemde bu değişirse ne olur?

Av. Sabri Kurt: Şimdi benim bu konudaki görüşüm, her rejim, demokrasi de dahil, özgürlüğünü tanır ama, kendini yok edecek özgürlüğü tanımaz. Tanımaması lazım. Bu nedenle evet fikir özgürlüğü var. Ama bu özgürlüklerle demokrasiyi ortadan kaldıracak bir eyleme, bir şiddete kesinlikle müsaade edilemez. Mese-

la şu vakıflar yasası. Türkiye’de ırk meselesi konusunda da bizim şimdiye kadar, bu son yıllara kadar kesinlikle bir mezhep, etnik köken tartışması olmadı. Burada dış güçlerin de etkisiyle bizi parçalayabilmek, bölebilmek, birbirimize düşürebilmek için din inanışlarını kaşıdılar. Etnik kökeni gündeme getirdiler. Oysa bir insan olarak ulus devlet ve bu Misakı Milli hudutları içerisinde etnik kökeni ne olursa olsun, mezhebi, dini ne olursa olsun, bu devletin bir bireyi olarak aynı eşit haklara sahip olacak şekilde mücadele edip birlikte yaşamayı başarmamız lazım. Aksi takdirde etnik köken, mezhep üzerinde yoğunlaşacak olursak parçalanma kaçınılmaz olur. Yani burada yasalar karşısında kökeni ne olursa olsun, mezhebi ne olursa olsun, herkesin aynı, eşit şekilde yararlanmasını sağlayacak bir hukuk düzeni ve bu düzende aynı hudutlar içerisinde yaşayan Türkiye Cumhuriyeti vatan-daşı, bir ulus bilinci olacak. Nasıl ki Amerika’ya çeşitli yerlerden gitmişler. Adamlar nasıl Amerika’ya sahip çıkıyor. Biz niye sahip çıkmayalım. Bir Amerikan milliyetçiliği yaratmışlar da, biz kanımızla, canımızla şehitler vererek bu ülkeyi kurtarmışız. Ondan sonra da sen, ben, ırk, mezhep çatışmasına girmişiz.

Av. Nizamettin Erkul: Kurtuluş Savaşında savaşıırken böyle bir ayırım yapmış mıyız ki bugün ekonomik durumu düzeltmek için mücadele etmemiz gerekirken etnisiteyi biz çözüm olarak alıyoruz, yanlış.

Av. Sabri Kurt: Çözüm olarak gerçekten eğitim sistemimiz çok önemli. Tevhidi Tedrisat Yasası çok önemliydi. Atatürk devrinde çıkarılan Tevhidi Tedrisat Yasasından önce iki kuşak yetişir. Birisi din eğitimi görüyor. Şeriat düzenini özleyen bir kuşak. Maalesef işte Tevhidi Tedrisat Yasası uygulanamaz duruma geldi. İmam hatip okullarında başka görüşlü insanlar yetişti. Normal diğer öğretimlerde başka görüşler yetişti. Hangi devlet kendi gençliğini iki karşıt kamp haline gelecek şekilde yetiştirir. Bizimki böyle bir eğitim sistemine gidiyor. Yani bu eğitim sisteminde bu ikiliği, bu çatışma yaratacak eğitim sisteminin terk edilmesi, bırakılması gerekli. İnancı, dini eğitim sistemi, karşı eğitim sistemi olarak ele alıp, o sisteme göre gençlik yetiştirmeye başladık. Bir cumhurbaşkanı, bir başbakan Demirel en fazla imam hatip okulunu ben açtım diye övünüyor. Bu övünülecek bir şey değil. Yani burada bir ekonomi önemli olduğu gibi eğitim sistemi çok önemli. Bu eğitim sisteminde hümanist bir düşünce, bilimsel bir

düşünce, akılcı bir düşünce aşılanıyor gençliğe. Atatürk'ün benim en çok beğendiğim, “Benim size manevi mirasım akıl ve bilimdir. Ben size hiçbir dogmayı miras bırakmıyorum” sözü. Bu çok özlü bir vasiyet.

Av. Erdem Gümüş: Bu bilimselliği neden başaramadık? Kanımca en liberaller Demirel, Çiller, Yılmaz bile dini istismar ettiler.

Av. Sabri Kurt: Demirel “Bana milliyetçiler suç işledi dedirtemezsiniz” diyen bir adam.

Av. İlhan Erkul: Şimdi de bu anayasa hazırlayıcıları beyanat vermişlerdi bu son anayasayı hazırlayanlar. İşte tekçi görüşler çok ilkindir. Çok seslilik, özgürlük olmalı adına bu eğitimde biraz önce söylediğiniz birliğin ya da diğer alanlardaki birliğin dağılmasına sebep olacak şekilde adımlar atılmıştır.

Av. Sabri Kurt: Şimdi bu türban konusunda, üniversiteye türbanla girilsin meselesinde ülkede bir kaos yaratma oldu. Devam edecek bu daha. Ancak hiç inandırıcı değil savunmaları. Ne diyorlar. Efendim üniversitelere türbanlı girilsin. Ama kamu kurumlarında çalışırken türban yasak olsun. İlköğretimde, liselerde de yasak olsun. Bu ne demek. Sen türbansız getir üniversiteye. Ondan sonra üniversitedeyken türbanı tak. Üniversiteyi bitir, türbanı çıkar. Devlet kurumuna avukat ol, hakim ol, doktor ol. Olacak şey değil. Bu böyle demekle gündeme getiriyorlar. Ama aslında hepsine birden gelecek o.

Av. Muhittin Üstündağ: Değerli Başkanım, anayasa değişikliğini gündeme getiren siyasal iktidar, başta topyekün bir anayasa değişikliği ön görmüş, hatta taslaklar hazırlatmış. Bu taslaklar toplumun değişik kesimlerinde tartışılmış olmakla birlikte ardından birden bunu geriye çekmek suretiyle kısmen bir anayasal değişiklik teklif etmek suretiyle sanki anayasa değişikliği Türkiye'nin gündeminden uzaklaştırılmış gibi bir sonuç yarattı. Sizin görüşünüzü öğrenmek istiyorum. Oluşundan bugüne eleştirdiğimiz 1982 Anayasasının topyekün değiştirilmesi gerekir mi, yoksa kısmi değişikliklerle 1982 Anayasasıyla bu ülke gelecek yıllarda devam etmeli mi?

Av. Sabri Kurt: Bence gelecek yıllarda devam etmeli. Çünkü bir defa topyekün bir anayasa değiştirme, bu anayasayla iktida-

ra gelen kuruluşun hakkı ve yetkisi olmaması lazım. Bu anayasaya göre geliyorsun, bu anayasaya göre yemin ediyorsun buna uyacağına. Ondan sonra da bu anayasayı ortadan kaldırıyor-sun. Onun için eğer anayasa toptan değiştirilecek ise o zaman bir kurucu meclis olması lazım. Çeşitli örgütlerden, çeşitli mesleklerden kurucu meclis olmalı. Kurucu meclise bir anayasa yaptırmak lazım. Yani topyekün değiştirmek için. Bu anayasayla seçilmiş Millet Meclisi'nin toptan değiştirmesi doğru değildir Ama anayasadaki bazı maddeler günün koşullarına göre değiştirilmek zorunluluğu doğarsa bir konsensüs sağlanarak o günün koşullarına uygun bir şekilde değiştirilebilir. Ama toptan anayasayı ortadan kaldırma şeklinde değil. Kaldırma olacaksa kurucu meclis olması gerekir.

Av. Muhittin Üstündağ: Avrupa Birliği sürecinde efendim, anayasa dışında bazı temel yasalarımızda da yeniden değişiklik gündeme geldi. Uyum yasaları başlığı altında. Pek çok madde yeniden yapılandırıldı. Hatta bu da yetmedi. Temel yasalarımız tamamıyla değişti. Örneğin ceza yasası, ardından şimdi gündemde olan Türk ticaret yasası, hemen arkasından gelecek olan borçlar yasası, hemen arkasından gelecek olan hukuk usulü yargılama yasası. Bu yasalarla ilgili değişikliklerle bir yerde Cumhuriyet devrimleriyle elde ettiğimiz hukuk kazanımı mı değiştiriliyor acaba?

Av. Sabri Kurt: Avrupa Birliği'nin belli bir formülü gönderip de bu formülü, bu yasayı, bu kuralı uygulayacaksınız. Bunu böyle kabul edeceksiniz şeklindeki dayatması bence kabul edilmemelidir. Çünkü her ülkenin koşulları farklıdır, her ülkenin insanları farklıdır, ekonomik şartları başkadır, görüşü farklıdır, gelişme seviyesi farklıdır. O nedenle koşulları düşünerek kendi koşullarımıza uygun hale getirmeliyiz. Avrupa'nın dikte ettirdiği, dayattığı maddeler aynen kabul edilmemelidir. Yani kendi usa vurmamız neticesinde bize uygun şekle dönüştürmeliyiz.

Av. Muhittin Üstündağ: Çünkü efendim, bununla birlikte Türk yargı sistemi içerisinde Cumhuriyetin ilk yıllarından bugüne değin oluşmuş bir içtihat kazanımı var. Yani içtihatlarla sağlanan bir hukuk sistemi var. Dolayısıyla temel yasaların kökten değiştirilmesi ile birlikte bu kazanım da tamamen ortadan kalkıyor.

Av. Sabri Kurt: Tamamen ortadan kalkacak. Ancak mevcut

iktidarın AB'ye uyalım, onun dediklerini kabul edelim şeklindeki yaklaşımında tam Türkiye'ye bir özgürlük kazandırmaktan ziyade, kendi dinsel inançlarını özgürce yayabilmek, kullanabilmek, yaşayabilmek için bu yolu tercih ettikleri kanısındayım. Yoksa tamamen Avrupa hukukunu kabul etme heveslisi oldukları, o düşünceyi benimsedikleri kanısında değilim.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, aynı AB paket yasaları içerisinde Medeni Kanunumuz değişti. Özellikle de Mahmut Esat Bozkurt'un Medeni Kanun gerekçesi? Ona tepki koyabildik mi? Barolar koyabildi mi? Bu çok büyük bir kayıp oldu.

Av. Sabri Kurt: Konuldu. Konuldu ama, tepki konulmakla kaldı. yapmak isteyenler yazılarını yazdı.

Av. Erdem Gümüş: Akıl, bilim yerine üzgünüm ki dogmalar mı galip geldi?

Av. Muhittin Üstündağ: Başkanım, ben bir konuyu daha gündeme getirmek istiyorum. İçinde bulunduğumuz yıl 2008. İzmir Barosu'nun geçmiş döneminde genel kurullarında aldığı karar uyarınca İzmir Barosu'nun 100. kuruluş yıl dönümü. Yani 1908 İzmir Barosu'nun bir kuruluş tarihi olarak kabul edilmiş. Dolayısıyla 100. yıl. Bu konudaki görüşlerinizi istirham edeceğim.

Av. Sabri Kurt: Yüzüncü yılı kutlarken İzmir Barosu'nun bu yüz yıl içerisinde Türk hukukuna ne gibi katkıları olmuş, bunun bir dökümü yapılmalı. Bu topluma sunulmalı. 100. yılına basan İzmir Barosu şimdiye kadar şu şu işleri yapmıştır ve bundan sonra da şu işleri yapacaktır. Bunun bir hesabını verir şekilde bir döküm yapılmalı.

Av. Muhittin Üstündağ: Başkanım, bir klasik soru olarak 1908 ülkede, Osmanlı döneminde İkinci Meşrutiyeti hatırlatıyor. İkinci Meşrutiyet de tabi ki İzmir Barosu'nun yayınlanacak olan dergisinin giriş yazısında yazdım. Bir özgürlük hareketidir. Bir hakların elde edilmesi bayramıdır. Toplum bunu beklemiştir ve kutlamıştır. İkinci Meşrutiyet bir devrimdir. Dolayısıyla İkinci Meşrutiyetin ardından İzmir Barosu'nun kurulması konusu gündeme geldiğinde başkanlarıma şunu sordum. Evet, Baro 100 yaşında. Ama Baro bence bir Cumhuriyet kazanımıdır. Siz ne düşünüyorsunuz?

Av. Sabri Kurt: Bizim daha önceki zaten Cumhuriyet kazanı-

mı görüşü egemen olduğu için başlangıcı o tarihlerdi. Onun için sonradan 1908'e geldi. Yeni bir belgenin bulunmasıyla 1908'de kurulmuştur denildi. Yoksa asıl Baronun kuruluşu Cumhuriyet kazanımı, işlevine kavuşması Cumhuriyet döneminde oldu.

Av. Muhittin Üstündağ: Dün İzmir Barosu'nun ve hatta Türkiye barolarının içerisinde meslek kıdemi zirveye çıkmış bir üstadımızla söyleştik. Selim Hakmen. Bugün sizinle söyleşeceğimizi de biliyor. Size selamları var.

Av. Sabri Kurt: Çok severim ben onu. O da beni çok sever.

Av. Muhittin Üstündağ: Bugün 97 yaşında olduğunu ifade etti. Hala pırıl pırıl bir zeka, pırıl pırıl bir söyleşi. Dün ona bu soruyu sordum. O bana dedi ki 1908'de, Baro mu vardı? Hayır, dedi. Biz dedi, babası Tokat hakimiymiş, çok uzatmayacağım, söyleşide okuyacaksınız. Annesinin rahatsızlığı sebebiyle İstanbul'a gitmişler. İstanbul'dan İzmir'e atanmasını istemiş hakim olarak babası. O zaman İzmir Yunan işgali altında. İşgal kuvvetleri kumandanı izin vermemiş. Ve İzmir'e gelememiş. İzmir'e ancak 9 Eylül 1922'den sonra gelebilmiş. Ve geldiğinde İzmir'de baro yokmuş.

Av. Sabri Kurt: Baro yoktu tabi.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, bir de bir çok kez akıldan, bilimden yana olan Cumhuriyet Gazetesi'ndeki yazılarınızı hep zevkle okuduk. Bu konuda neler yaptınız? Sadece bizim bildiğimiz orada mı yayınlarınız çıktı, başka dergilerde, yayın organlarında da çıktı mı?

Av. Sabri Kurt: Sefer Aytekin diye bir arkadaş vardı. 'Yağmur ve Toprak' diye bir dergi çıkarırdı 1947'lerde. Ona da yazılar yazardım. Fıkramsı yazılar yazardım.

Av. Erdem Gümüş: İlk öğretmen olduğunuz yıllar da mı? Avukat iken mi? Avukatlığa ne zaman başladınız?

Eğitimcilikten mi çok zevk aldınız, hukukçuluktan mı çok zevk aldınız?

Av. Sabri Kurt: 1970'te avukatlığa başladım. İkisinin de zevki ayrı ayrı. Demin anlattım. Biz Köy Enstitüsü mezunu olarak hayata atılınca, Türkiye'de 1950'den sonra solcu, komünist gözüyle bakılırdı köy enstitüleri mezunlarına. Ve iktidar bizi sürdü

çeşitli yerlere. Bir bucak başkanının sözüyle çeşitli yerlere verdik. Köy enstitüleri komünist yetiştirdi diyorlardı. Ben bu iktidara karşı daha kuvvetli olayım düşüncesiyle hukuk okuyayım dedim. Öyle kafama koydum.

Av. Erdem Gümüş: Peki, yine önceki soru, nerelerde yazdınız?

Av. Sabri Kurt: Cumhuriyet Gazetesinde yazılarım çıkardı. Orada çeşitli konularla ilgili 'Olaylar ve Görüşler' başlığı altında, 2. sayfada. Mesela anayasa ile ilgili konuları ele aldım. Millet Meclisindeki milletvekillerinin saygınlığı, dokunulmazlığı konularını ele aldım. Ondan sonra köy enstitüleri eğitim sisteminin ülkeye yarayırları konusunu işledim. En son yazımın konusu da cumhurbaşkanlığı sorunu idi. Tayip Erdoğan'ın cumhurbaşkanı olmaması gerektiği, olamayacağı konusunda yazdım. Ülkeyi kucaklayan bir kişi değildir. Bunlardan hiç birisi cumhurbaşkanı olmamalıdır. Çünkü bunlar din eksenslidir. Bunlar imam hatiplilerin cumhurbaşkanı olur. Ülkeyi kucaklayan cumhurbaşkanı olamazlar tezini savunan bir yazımdı. Tanıyanlardan telefonla çok tebrikler aldım.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, bu yazarlığın yanında eki olarak sanat, sosyal etkinliklerle aranız nasıl?

Av. Sabri Kurt: Ben tiyatroya, sinemaya gitmeyi severim. Öğretmen okulundayken, köy enstitüsünde okurken çok güzel mandolin çalardım. Biz böyle sabahları köy enstitüsü öğrencileri beş yüz kişi toplanırdık meydanda. Milli oyunlar oynanır. Biz ortada çalardık. Orta yerde akordeon çalan, mandolin çalan, keman çalan bir grup çalgıcı grubu vardı. Milli oyunlar oynarlardı, milli oyunlar bittikten sonra herkes işine dağılırdı. Kimisi tarlaya, kimisi inşaata, kimisi kültür dersine giderdi iş bölümü gereği.

Av. Erdem Gümüş: Politikaya atılmayı hiç düşündünüz mü, bir siyasal partide yer aldınız mı?

Av. Sabri Kurt: Aldım gayet tabi, arkadaşlara anlattım. Efen-dim ben Erdal İnönü SODEP'i kurduğunda SODEP'E yazılmış-tım. SODEP CHP olunca oraya geçtik. CHP üyesi olduk. CHP üyesi olarak hiçbir örgütünde yer almadım. Ve ben Baro yöneti-minde çalışırken, Barolar Birliği'nde çalışırken hiç bir örgüte, si-yasi partiye yakın ilişki içersinde olmamaya özen gösterdim.

Çünkü barolar ve barolar birliği bütün partilerin üstünde, objektif bakan, tarafsız bakan, taraflıdır ama hukuktan yana hukukunu üstünlüğünü sağlayacak bir görüşte olduğu için hiç siyasal partilerle böyle bir birlik içine girmedim. Ama kaydım vardı SHP'de. Sonra CHP'ye geçti. Bütün bu işler bittikten sonra Barodaki görevlerim bittikten sonra 2002 yılında aday adayı oldum. Beni seçmediler.

Av. Muhittin Üstündağ: Önder Sav'a karşı çıkar mısınız, seçmezler.

Av. Sabri Kurt: Ben dedim ki Önder Sav'la Barolar Birliği'nde 5 yıl birlikte çalıştım. Benim nasıl bir kişi olduğumu bilir. Eğer bunlar kurşun asker gibi adam isterlerse beni almazlar dedim.

Av. Nizamettin Erkul: Ayvacık Gazetesinde çıkan yazıyı paylaşıyor mısınız Başkanım, arkadaşlar yoktu.

Av. Sabri Kurt: Şimdi benim 1950 yılında İzmir'e naklim oldu. İzmir'e naklim olduktan sonra Ayvacık'ta yedi sene öğretmenlik yaptığım için Ayvacık kasabasında da dostluklarım var. Çöpçüsünü de seviyorum, doktorunu da, hademesini de, katibini de. Buraya geldikten sonra Ayvacık'ı gözümün önüne getirdim. Özlem duyarak Ayvacık'a selam ederim diye bir yazı yazdım. 1957'de yazdıktan sonra da gönderdim Ayvacık'taki tanıdıklara. Geçen ay bir arkadaş Ankara'da avukatlık yapan, benim öğrencimmiş. Ayvacık'a gezmeye gelmiş. 2008'in Şubatında. Yarım asır evvel benim yazdığım şiiri ele almışlar yazmışlar. İşte burada da bir Sabri Kurt varmış. Öğretmenlik yapmış. Öğretmenlikten sonra Ayvacık'tan İzmir'e tayin olmuş. Gidince de 'Ayvacık'a selam' diye bir yazı yazmış. O zaman Ayvacık küçükmüş. Bir ilkokulu varmış, duvarları sur gibiymiş. Efendim, bir katır varmış, katırla çöpler toplanıyormuş. Bir süslü Bakisi varmış. Çamur Şevket'i varmış. Ben bütün Ayvacık'taki simge isimleri, olayları hepsini yazdım, var burada. Bu diyor halktan halka elden ele dolaşmış, destan gibi herkesin, yaşlıların ezberinde. Bu Ayvacık'ta destan olarak anılıyor diyor. Ve üç bölümde yayınladılar. Bana da gönderdiler. Bu öldü mü kaldı mı acaba, eğer tanıyan varsa mutlaka eline geçer deyip bana da göndermişler. Bende yayınlayanla telefonla bağlantı kurdum yarım asır önce yazmıştım, düşünün.

Av. Muhittin Üstündağ: Çok güzel bir hatıra.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, bir de sizin dönemlerinizde meslektaşlar arasındaki saygı, sevgi ilişkileri, günümüzdeki ilişkileri nasıl buluyorsunuz? Özellikle çağdaş grup, cumhuriyetçi grup arasında bir kopma oldu. Bu konular nasıl olmalı, nasıl aşılmalı?

Av. Sabri Kurt: Bizim başkanlık zamanımızdaki veya bizden önceki meslektaşlar arasındaki saygı, sevgi, dayanışma kıdemlilere daha fazla saygı gösterilmesi konusu, maalesef şu dönemde yok. Göremiyorum. Yani genç meslektaşlarımızın diğer meslektaşlara pek saygılı davrandığını görmüyorum. Maalesef bu sevgi, saygı eskisi kadar değil. Gruplaşma konusunda ise öyle kesin bir kopma görmüyorum ben.

Av. Erdem Gümüş: Başkanım, İstiklal Savaşının ağırlık merkezi olan Dumlupınar gibi tam can alıcı yeri olan arazide bulunan bir köyün çocuğusunuz. O konuda sizlerde iz bırakan, atalardan anlatılan, o günün koşullarına göre paylaşacağınız konular var mı?

Av. Sabri Kurt: Bizim köy maalesef işgal altında kalmış. Ve bizim köyde köy evlerinin bir odasını Yunan askerleri, bir odasını köylüler paylaşmışlar. Köylülerle birlikte yan yana kalmışlar. Ve babamın anlattığı bizim ağıllarımız varmış. Babam o zaman 17 yaşında. Yunan gelmiş, koyun istemiş. Koyunu da ahıra koymuş babam. Vermiyorum demiş. Yunan askeri tüfeğinin dipçigiyle babamın kafasına öyle bir vurmuş ki dipçiginden kırılmış. Babam bayılmış. Açıvermişler ahırın kapısını bütün sürü gitmiş. Ve Yunan askerleri bizim sürüden istediği kadar alıyor kesiyor, askerlerini besliyor. Zaten Yunanın bu yağmalamaları sonunda onlar çekildikten sonra biz çok fakirlik çektik. Koyunlarımız sıfırlanmıştı. O fakirlik ondan doğdu. Kötü bir hatıra.

Av. Erdem Gümüş: Savaş koşullarında ne yapmışlar? Bir taraf kan gölüne dönüyor. Bir taraf köy?.

Av. Sabri Kurt: Köyün içinde Yunan askerleri köylülerle birlikte beraber kalıyor bizim köyde. Ve bizimkiler de bir şey yapamıyor. Silah yok, bir şey yok. bazılarını kaçırmışlar. Atatürk'ün ordusuna katılır diye. Kaçmayı bile engellemeye çalışıyorlar. Yani işgal altında kalmış. Ve bizim üretimimizi, ürünümüzü, hayvanımızı paylaşmışlar.

Av. Muhittin Üstündağ: Başkanım, sizin unuttuğunuz, keşke bunu da söyleseydim dediğiniz bir şey var mı? Yani sizi de o konuda özgür bırakalım.

Av. Sabri Kurt: Şimdi gerçekten Baro başkanlığı meslek hayatımda en onurlu yaptığım görevdi. Yani benim hayatımda en onur duyduğum 4 yıldır. O nedenle ben kendimi çok mutlu hissediyorum. Ve arkadaşlara da siz gelmeden önce izah ettim. Ben Baro başkanı olduktan sonra çok büyük bir sorumluluğu üstlendiğim kanaatiyle her zaman üzerimde bir baskı hissettim. Bu baskı sonucu büyük sorumluluk altında görevimi ifa etmeye çalıştım. Yanlış yapmış olabilirim belki, yanlışlarımız da olmuştur. Ama Baroya toz konduracak, Baronun çizgisini saptıracak hiçbir ifademiz, eylemimiz, çalışmamız olmadığı kanısındayım.

Av. Muhittin Üstündağ: Başkanım, bu 5 Nisan'ı da hep birlikte kutlayacağız. Yeni bir avukatlar haftası. Tabi bunun bir önemi daha var. İzmir Barosu'nun 100. yılı. Bu arada bir güzellik daha var. İzmir Barosu bodrumuyla birlikte 7 katlı bir bina satın aldı ve yerleşti. Orayı hep beraber donatacağız. Orada hep güzellikler yaratacağız. Umarım o gün sizlerle de birlikte olacağız.

Av. Sabri Kurt: Tabi katılırim

Av. Muhittin Üstündağ: Çok teşekkür ediyoruz, saygılar sunuyoruz.

HAKEMLİ MAKALE

Avrupa Birliği'nde İctihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesi

■ Hacı CAN*

Giriş

Avrupa Birliği ve kendine özgü şekilde onun içerisinde yer alan Avrupa Topluluğu bir hukuk topluluğudur¹. Bu nitelik, Birliğin yurttaşların bilincine henüz sağlam şekilde yerleşmemiş olduğu ve üye devletlerin tutumunun birbiriyle bağdaştırılmasında zorlukların olduğu sürece ilk sırada hukukun otoritesiyle muhafaza edilebilir. Bu görev, Avrupa Birliği yargısına² aittir. Bu bağlamda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, bütünleşme hareketi-

* Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı Öğretim üyesi.

1) 2007 yılında imzalanan ve Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen Lizbon Reform Andlaşması, her ne kadar 2004 yılında imzalanan Avrupa Anayasasına Dair Andlaşmadan bir geriye gidişi teşkil etse de, Avrupa Birliğinin mevcut yapısını önemli şekilde tadil etmektedir. Zira Avrupa Birliği ile Avrupa Topluluğu birleştirilmekte, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ise ayrı bir statüye konulmaktadır. Avrupa Topluluğunun Avrupa Birliğine katılması öngörüldüğü için "Avrupa Topluluğunun Kurulmasına Dair Andlaşma"nın ismi "Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma" olarak değiştirilmiştir. Bundan sonraki açıklamalarda, son gelişmeler nedeniyle Avrupa Birliğinin sütünsal yapısına göre bir ayrıştırmaya gidilmeyip, Avrupa Topluluğu ifadesinin kullanılmasından vazgeçilmektedir. Genel olarak yalnızca Avrupa Birliği esas alınmaktadır. Böyle bir yaklaşım, "Avrupa Topluluğunun Kurulmasında Dair Andlaşma"nın halen yürürlükte bulunması nedeniyle hukuki açıdan tamamen doğru gözükmesine de, Avrupa Birliği sistemini bilmeyenler için daha anlaşılır olması ve Lizbon Andlaşmasının oldukça yakın bir zamanda yürürlüğe girecek olması nedenleriyle tercih edilmektedir. Ayrıca Avrupa Birliği, halihazırdaki hukuki yapısıyla zaten Avrupa Topluluğunu da içermektedir. Dolayısıyla Avrupa Birliği ifadesinin Avrupa Topluluğunu da kapsayacak şekilde kullanılmasına engel bir durum yoktur. Ancak buradaki açıklamalar, yalnızca Avrupa Birliğinin uluslarüstü konumda bulunan birinci sütununa ilişkindir. Son olarak belirtilmelidir ki, bu kapsamda yapılan açıklamalar mahiyet itibarıyla Avrupa Kömür Çelik Topluluğuna da uygulanabilir niteliktedir.

2) Avrupa Birliği yargı düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanının yanında Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi ve Avrupa Birliği Kamu Hizmet Mahkemesi de yer almaktadır.

nin başından beri vermiş olduğu içtihatlarıyla Avrupa bütünleşmesini hareket edebilen siyasi bir birliğe dönüştürülmesine önemli katkılar sağlamıştır.

Ne var ki Avrupa Birliği yargısının işlev ve yetkileri tümüyle tartışmasız değildir³. Aksine şimdiye kadar verilen binlerce kararlardan bazılarının zor anlaşılması, tartışılması ve eleştirilmesi şaşılacak bir durum değildir. Zira Avrupa Birliği hukukunun her genişletici yorumu veya her içtihat yoluyla geliştirilmesi, yalnızca Birliğin temel yapısına dokunmakla kalmayıp, bunun ötesinde üye devletlerin yetkilerinin kısıtlanmasına da neden olmaktadır. Bu nedenle, Birlik mahkemelerinin içtihat hukuk geliştirilmesinin kabul edilebilirliği ve meşruluğuna ilişkin önemli tartışmalar çıkmaktadır. Öyle ki, bunların artık kabul edilmediği yerde onlara verilen yetki alanı aşılmış olmaktadır.

Avrupa Birliği yargısının kendisine tanınan yetkileri aştığı eleştirilerinin haklılık payının bulunup bulunmadığının saptanması, her şeyden önce Avrupa Birliği mahkemelerinin sahip olduğu yetki alanlarının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, hukukun bağlayıcı şekilde hükme bağlanması olarak anlaşılan yargı işlevinin, diğerlerinin yanı sıra hukuku geliştirme yetkisini de içerip içermediği açık değildir. Tartışmalar özellikle

Lizbon Andlaşmasıyla getirilen değişiklikle her üç mahkemenin Avrupa Birliği Adalet Divanı (yargı) organı altında toplanması öngörülmekte ve adlarında değişiklikler yapılmaktadır. Bununla birlikte, bu çalışma kapsamında yapılan açıklamalar esas itibarıyla içtihat mahkemesi konumunda bulunan Adalet Divanını ilgilendirmektedir. Açıklamaların yargıyı bir bütün olarak ilgilendirdiğinde Avrupa Birliği mahkemeleri kavramı kullanılmaktadır.

3) *Bilimsel eleştiriler kabul edilebilir; zira özellikle Adalet Divanının yegâne kontrol aracıdır ve doğru hukukun bulunmasında ona destek vermektedir. Bununla birlikte, istenilen nesnellik üye devletlerde sık sık ihlal edilebilmektedir. Öyle ki Adalet Divanının belirli bir kararının doğrudan doğruya geçersiz addedilerek dikkate alınmaması söz konusu olabilmektedir. Ayrıca burada, ulusal anayasa mahkemeleri hakkında yapılan tartışmalardan farklılığa özel dikkat çekilmelidir. Ulusal anayasa mahkemelerinin bazı kararları kamuoyunda ve öğretilerde eleştirilebilir ve hatta genel olarak yargısının eğilimi de tartışılabilir. Ancak onların ulusal anayasal hukuk düzenlerin yerleşmesi ve yapılanmasında önemli bir işlev gördükleri ve bundan dolayı ulusal anayasal sistemlerinin vazgeçilemez bir parçası oldukları tartışmasızdır. Meşru makam olarak otoriteleri esas itibarıyla sert şekilde eleştirenler tarafından da tartışmaya konulmamaktadır. Bu durumun Avrupa Birliği yargısı için tamamen güvence altına alınmış olduğunu söylemek zordur. Bkz. Wolf-Niedermaier, Anita, "Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik: der Einfluss des EuGH auf die föderale Machtbalance zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten", 1. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 1997, S. 260; Everling, Ulrich, "Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft", Juristen Zeitung (JZ) 2000, S. 217; Sander, Gerald, "Der Europäische Gerichtshof als Förderer und Hüter der Integration: eine Darstellung anhand seiner Einwirkungsmöglichkeiten auf die einzelnen Dimensionen des Einigungsprozesses", Duncker & Humblot, Berlin 1998, S. 16; Scholz, Rupert "Zum Verhaeltnis von europaeischen Gemeinschaftsrecht und nationalen Verwaltungsrecht", DÖV 1998, S. 261, 266.*

bu konuda yoğunlaşmaktadır. Sayısız yazarın daima yeniden incelediği bu sorunun basit ve kolay uygulanabilen bir çözümü, Avrupa Birliği hukuku için de sunulamamaktadır.

Bu yüzden aşağıdaki çalışma, Avrupa Birliğinde içtihat yoluyla hukuk geliştirilmesinin çerçevesini ortaya koyarak soruna genel bir bakış kazandırmayı amaçlamaktadır.

I. Kavramsal Açıklamalar

Alman hukuk metodolojisi öğretisinde, mevcut bir hukuk kuralının yorumu ile o hukuk kuralının tamamlayıcı şekilde geliştirilmesi arasında sarıh bir ayırım yapılmasının gerekip gerekmediği konusunda tartışmalar yapılmaktadır. Bu nedenle, önce bu iki kavramın mahiyetlerinin incelenmesi önem kazanmaktadır.

A. Hukukun Yorumlanması

Avrupa Birliğinin kurucu andlaşmaları⁴, yorum kavramı altında somut olarak neyin anlaşılması gerektiğine dair bir bilgi içermez⁵. Avrupa öğretisinde yapılan bir tanımlamaya göre hukukun yorumlanması, yazılı hukuk kurallarının normatif gücünü idrak etmek ve somutlaştırmak anlamına gelmektedir⁶. Ezcümle; yorum, bir norm içeriğinin soyut olarak belirlenmesidir. Yorumcu, norm metninin (şahsi) yorumunu sunmak değil, daha ziyade metin tarafından istenileni vermek durumundadır⁷. Bulunması gereken anlam, normun lafzında herhangi bir şekilde ifade edilmiş olmalıdır. Bu nedenle, Alman hukuk metodolojisi öğretisinde genel görüş, “lafzın muhtemel anlamını” yorumun sınırı olarak görmektedir.

B. Hukukun Geliştirilmesi

Lafzın muhtemel anlamının ötesine geçildiğinde, artık yorum değil, hukukun geliştirilmesi söz konusu olmaktadır. Bununla,

4) Bu bağlamda kurucu andlaşmalar kavramı geniş yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, sadece dar anlamdaki andlaşma metni değil, aynı derecede bulunan ekler ve sonraki değişiklikler de kastedilmektedir.

5) Bkz. Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias, “Europarecht”, 5. völlig neu bearb. Aufl., Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2006, S. 162, Rn. 410.

6) Haratsch/Koenig/Pechstein, age., S. 162, Rn. 410; Schwarze, Jürgen, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 1. Aufl. Nomos Verlag, Baden Baden 2000, “Art. 220”, Rn. 2.

7) Schwarze, Jürgen, “Art. 220”, Rn. 21; Calliess Christian, “Rechtsfortbildung und Richterrecht in der EU”, Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, 2005, S. 2.

yazılı kurallardan çıkarılamayan içtihat kurallarının oluşturulması ifade edilmektedir.

C. Mahiyet Benzerliği

Yorum ve hukuk geliştirilmesi arasında vurgulanan bu farka rağmen her iki kavramın mahiyet benzerliğine sahip olduğu, bu nedenle onlar arasında kesin bir sınır çizilmesinin aslında mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Lafız, sınırı değiştirilemez olarak sabitlenen bir sınırlama çizgisi değildir. Birçok olayda çok geniş bir yorumun mu yoksa normdan bağımsız bir hukuk geliştirilmesinin mi söz konusu olduğu tereddüt uyandırabilmektedir.

Bu akıcı geçişler karşısında, öğretide yorum ve hukuk geliştirilmesi arasındaki ayırmadan vazgeçilmesine yönelik eğilimlerin olması şaşırtıcı değildir. Alman hukukçu Larenz, normun yorumu ile içtihat yoluyla geliştirilmesinin mahiyetlerinin değişik olmadığını, aksine aynı fikirsel sürecin değişik basamakları olduğunu ifade etmektedir⁸. Benzer şekilde Alman hukukçu Everling, yorum ile hukukun geliştirilmesi arasında bir ayırım yapılmasının gerekli olmadığı kanısındadır⁹. Hukukun geliştirilmesinde genelde hukuki boşluk kavramına bağlandığını, ancak bunun kıyas veya mefhumu muhalif yoluyla yapılan geleneksel yorumun kısmen konusu olduğunu belirterek, “oluşumda bulunan Birlik hukuku” ifadesinin, yargısal hukuk geliştirilmesi için belirleyici olan planlı ve planlı olmayan boşluklar sınırlandırması gibi aynı şekilde belirsiz olduğunu vurgulamaktadır¹⁰.

Diğer üye devletlerin hukuk metodolojisi öğretisinde bu ayırımın çok katı yapılmadığı görülmektedir¹¹.

Bu iki kavram, mahkemelerin uygulamasında birbirleriyle iç içe geçmiş ve açık tartışmalarda bunlar arasında asla bir ayırma gidilmemektedir¹². Nitekim Adalet Divanı, içtihat uygulama-

8) Naklen Everling, JZ 2000, S. 218, 219.

9) Ibid.

10) Ibid.

11) Ibid., S. 219. Fransız hukuk metodolojisinde böyle bir ayırım yapılmamaktadır, her iki süreci yorum olarak değerlendirmektedir. Keza Türk hukuk öğretisinde de böyle bir ayırım yoktur. Daha ziyade yorum metodları ile hukuk boşluklarının doldurulması arasında bir ayırma gidilmemektedir.

12) Borchardt, Klaus Dieter, “Richterrecht durch den Gerichtshof der Europaeischen Gemeinschaften”, in: Randelzhofer, Albrecht (Hrsg.), GS für Eberhard Grabitz, Beck Verlag, München, 1995, S. 29, 37; Everling, JZ 2000, S. 218.

sında genel olarak Fransız hukuk metodolojisi öğretisini esas almakta, bu nedenle Alman hukuk metodolojisi öğretisinde açık hukuk geliştirilmesi olarak anlaşılan durumları yorum olarak nitelendirmek suretiyle yorum kavramını daha geniş bir anlamda kullanmaktadır. Adalet Divanı, uygulamada somut bir kararın hukuku geliştiren bir karakteri haiz olup olmadığını açıkça belirtmemektedir¹³. Görülebildiği kadar, hukukun geliştirilmesinden bahsettiği bir kararı da bulunmamaktadır.

D. Ayrımlaştırma Gerekliliği

Hukuku geliştirmenin yorum kavramından sınırlandırılması sorunu çok açık şekilde görülebilmeye rağmen, Alman hukuk metodolojisi öğretisinde yine de bu kavramlar arasında bir ayrım yapılmasının gerekli olduğu savunulmuştur¹⁴. Çünkü hukuk geliştirilmesi, birincil düzenleme olarak norma gelen rolü korumak için özel kabul edilebilirlik koşullarına bağlıdır. Yorum sonucu doğrudan normun hukuki sonucu olarak geçerliken, yargıç tarafından hukukun geliştirilmesi, yargıcın norma bağlılığından çıkan ikincilliği nedeniyle özel bir haklılığı gerektirmektedir. Bu bağlamda, yargıcın norma bağlılığı ilkesinin dikkate alındığında çizilmesi gereken sınırlar söz konusudur¹⁵. O halde yargıç, ilk önce mevcut olan hukuku bulmalı ve yorumlamalı ve ancak sonra istisnai şekilde özel içtihat hukukunu koymalıdır.

Bu bağlamda, dar (teknik) anlamda yorum ile (geniş) yorum arasında bir ayrım yapılması, Avrupa Birliği hukuk düzeninde içtihat hukuk geliştirilmesine gelen büyük önem karşısında yalnızca kuşku yaratmakla kalmaz, aynı zamanda mâkul da değildir. Çünkü bu ayrım, bu yeni hukuk düzeninin özelliklerine uygun düşmez. Nitekim sınırlama ölçütü olarak, bir Avrupa Birliği yazılı hukuk kuralının muhtemel lâfzî sınırı, bir ulusal hukuk normunun lafzından çok daha zor belirlenmesine sebep olabilmektedir.

13) Krş. Hummer, Waldemar/Obwexer, Walter, "Vom "Gesetzesstaat zum Richterstaat" und wieder retour?": EuZW 1997, S. 295, 300, Hillgruber, Christian, "Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH", in: Danwitz, Thomas von (Hrsg. u.a.), "Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit", Boorberg Verlag, Stuttgart, 1993, S. 39.

14) Sendler, Horst, "Überlegungen zu Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung", DVBl. 1988, S. 828, 831.

15) Bkz. aşağıya Başlık 7 "İçtihat Yoluyla Hukuk Geliştirilmesinin Sınırları".

E. Sonuç

Amaçsal ve yararlı etkiye (effet utile) yönelen geniş yorumun içtihat hukukunu yaratan hukuk geliştirilmesinden sınırlandırılması, mahiyet benzerlikleri ve somut olayda ayırım zorlukları nedeniyle esas itibarıyla bir terminoloji sorusu olarak çıkmaktadır. Bu terminolojik ayırım, özellikle yargı kararlarının gerekçelendirme koşullarının farklılığını ortaya koymak açısından önem taşır. Bu çalışma da zaten bu konuyu açıklamayı amaçlamaktadır.

II. Avrupa Birliğinde Hukuku Geliştirme Zarureti

Avrupa Birliği hukukunun geliştirilmesi ihtiyacı reddedilemez. Aksine Avrupa Birliği hukukunda özel bir derecede hukukun geliştirilmesine gereksinim vardır¹⁶. Bu nedenle, Avrupa Birliği Mahkemelerinin (özellikle de Adalet Divanının) hukuku geliştirme yetkileri genel olarak kabul edilmektedir¹⁷. Bunun nedenleri şöyle sıralanabilir:

Birlik hukukunda içtihat hukuk geliştirilmesi, zaruri olarak ulusal hukuktan daha ileri giden bir uygulanma alanına sahiptir ve oradakinden daha az yazılı hukuka yönelme ve sınırlamaya tabi tutulmaktadır. Çünkü hukuk, Avrupa Birliğinde ulusal hukuk düzenlerinden farklı şekilde, genel olarak muhafaza edilen ve böylece gerekli statik bir düzen işlevini değil, bilakis her şeyden önce dinamik bir bütünleşme işlevini haizdir¹⁸. Avrupa Birliğinin siyasi sistemi, kurucu andlaşmalarda belirtilen bütünleşme amaçları ve bununla da politik bir program çerçevesinde sürekli bir anayasal değişim suretiyle tanımlanmaktadır. Dolayısıyla Avrupa Birliği mahkemelerinin yargısal işlevi, başından beri açık bir dinamik unsur içermektedir. Bu arka planda, Adalet Divanı yargıçları önceden beri kendi anlayışlarını geliştirdikleri, bunun sonucunda kurumun görevi ve hatta işlevinin Avrupa Birlik hukuku

16) Haratsch/Koenig/Pechstein, *age*. S. 161, Rn. 408; Everling, JZ 2000, S. 220.

17) Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Solange I ilke kararında (BVerfGE 75, 223, 243) bunu açıkça tanımıştır. Tespitine göre:

"Üye devletlerin Topluluğu, yüzyıllar boyunca ortak Avrupa hukuku geleneklerinde ve hukuk kültüründe şekillenmiş olduğu gibi hukuk bulma yollarına açık tutulduğu bir Adalet Divanı ile donatmak istediklerinden kuşku duyulamaz."

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Maastricht kararıyla (BVerfGE 89, 155, 209) Adalet Divanının hukuku geliştirme yetkisini teyit etmiştir. Ne var ki bu kararın ifadeleri bu yetkinin sınırlarının daha dar çizilmek istendiğini göstermektedir.

18) Everling, JZ 2000, S. 220.

sistemini kurucu andlaşmaların amaçsal unsurlarına uygun olarak inşa etmek ve bu şekilde bütünleşmeyi tutarlı şekilde ileriye götürmek olduğu anlaşılmaktadır. Avrupa Birliği andlaşmalarının temel amacı devamlı ileri giden bütünleşme olduğu için, onların geliştirilmesi de bu yöne doğru yapılması gerekir, yani yargının ve hukukun tümüyle Avrupa Birliğinin bütünleşmesinin genel aracı olarak hizmet etmesi gerekir.

Öte yandan, Avrupa Birliği hukuk düzeninin etkinliği için belirli mekanizmalara gereksinim duyulmaktadır. Kurucu andlaşmalar, Birliğin yalnızca plan ve amaçlarını içeren ve doğasına göre geleceğe gelişmeye açık bir “çerçeve andlaşma” olarak çıkmaktadır. Bunlar, büyük kısmında yalnızca açık ve genel kurallar içermektedir. Çünkü nihai hedeflenen amaç, ekonomik ve siyasi bütünleşmedir; yani, üye devletlerin bir birliğe, hatta bir birleşik devlete doğru giderek büyümesidir. Her ne kadar bu hukuki çerçevenin somutlaşması, ilk sırada Birliğin politik karar organları tarafından hukuki tasarrufların konulması suretiyle icra edilmekte ise de; kurucu andlaşmaların orijinalliği, bütünleşme işlevinin sadece bu organlar vasıtasıyla değil, aynı zamanda bunun ötesinde hukukla ve dolayısıyla içtihat yaratmak suretiyle yerine getirilmesinde oluşmaktadır. Birliğin yasama organları, birincil hukukta açıkça belirlenen hukuk koyma görevini yerine getirmezler ise, o zaman tümüyle mahkemelerin hukukun geçerli kılınmasına arka çıkma görevi olmaktadır¹⁹.

Ayrıca, yeni hukuk düzeni olarak Avrupa Birliği hukuku, zorunlu olarak hukuk üstünlüğü nedenlerinden dolayı tahammül edilemez boşluklar içermektedir²⁰. Andlaşma hükümleri gibi onlara dayanarak organlar tarafından çıkarılan hukuki tasarruflar da eksik olup, boşluklar içerebilmektedir²¹. Birlik mahkemeleri, onları sık sık uygulanabilir yapmak zorunda kalmaktadır.

O halde yargının görevi, bu boşlukların doldurulması ve tamamlanması için gerekli olan hukuki prensiplere ve genel hukuk ilkelerine de ilişkin olmak zorundadır. Görevden kaçınma yasa-

19) Bunun başarılı bir örneğini, Adalet Divanının kurucu andlaşmanın belirli kurallarının doğrudan uygulanabilirliğine dair içtihadı oluşturmaktadır.

20) Haratsch/Koenig/Pechstein, *age.*, S. 161, Rn. 408.

21) Birden çok organın ve 27 üye devletin katılımında öyle bir ağır ve karmaşık karar alma süreci yaşanmaktadır ki, ortaya çıkan şekli uzlaşmalar genelde düşünce çeşitliliğini açık yapmaktan çok gizlemektedir.

ğına yükümlü kılındığını hisseden yargı mercii anlayışı, sakınılmayan “hukuk boşlukları”nı bireysel hakların korunması ve kapsamlı bir hukuki korunma sistemin yararına olmak üzere doldurulmasını gerekli kılmaktadır.

III. Avrupa Birliğinde Hukukun İçtihat Yoluyla Geliştirilmesinin Meşruluğu

A. Hukuki Meşruluk

Avrupa Birliği yargısı, hukuku geliştirme yetkisini her şeyden önce AT Andlaşmasının 220. maddesinde yer alan “andlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasında hukukun korunması”nı güvence altına alma²² talimatından çıkarmaktadır²³. Bu hüküm, hukukun korunmasını yalnızca andlaşmada ifadesini bulduğu çerçevede yargının görevi olmasını istememektedir. Aksine yargıyı, kurucu andlaşmada yer alan normları adalet ve temel değerlerin ifadesi olarak idrak imkânlarından çıkarıldığı gibi hukuki geçerlilik kazandırılması yönünde yorumlanmasına ve uygulanmasına yetkili ve yükümlü kılmışlardır²⁴. O halde bu maddede Avrupa Birliği mahkemelerine tanınan hukukun korunması yetkisi, aşırı yasal pozitivizmin açıkça reddi olarak anlaşılmaktadır²⁵. Dolayısıyla korunan hukuk, uygulama ve öğretinin ifade ettiği gibi, yalnızca Avrupa Birliği hukukunun yazılı normlarını değil, aynı zamanda genel hukuk ilkeleri gibi yazılı olmayan hukukun, temel hakların veya uluslararası hukukun da dahil edildiği tüm Avrupa Birliği hukukunu kapsamaktadır²⁶.

22) Bu bağlamda belirtilmelidir ki, kurucu andlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasında hukukun korunması yalnızca Avrupa Birliği mahkemelerinin sorumluluğunda değil, aksine görevlerini yerine getirirken Birlik hukukunu uygulamak zorunda olan tüm kurumların görev alanında bulunmaktadır. Bununla birlikte, diğer kurumlar Birlik hukukunun uygulanması ve yorumlanmasında Birlik yargısının denetiminde bulunurlar.

23) Everling, JZ 2000, S. 221.

24) Ukrow, Jörg, “Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH”, 1. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995, S. 91 vd.; Wegener, Bernard W., in: Callies Christian (Hrsg. u.a.), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: EUV/EGV, 2., vollständig überarb. und aktualisierte Aufl., Luchterhand Verlag, Neuwied, 2002, “Art. 220”, Rn. 2.

25) Bkz. Ukrow, age., S. 92.

26) Buna karşılık, münferit üye devletler ile üçüncü devletler veya uluslararası örgütler arasındaki andlaşmalar, üye devletler arasında kurucu Andlaşmaların kapsamı dışındaki anlaşmalar ve Birlik organlarının bağlayıcılığı olmayan tavsiyeleri ve görüş bildirmeleri buraya dahil değildir. Bkz. Haratsch/Koenig/Pechstein, age., S. 161, Rn. 408; Borchardt, age., Rn. 75; Huber, Bertold, in: Streinz, Rudolf (Hrsg. u.a.), EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Beck Verlag, München, 2003, Art. 220, Rn. 13.

Öte yandan, bu görevlendirme normu, bir yetki kuralı anlamında tek başına hukuki bir dayanak oluşturmaz; çünkü aksi halde andlaşmanın uygulamasında neredeyse sınırlı yetkilendirme ilkesine aykırı sınırsız bir genel yetkilendirme mevcut olurdu²⁷. Daha ziyade gösterilen tarihsel gelişim ve ulusal mahkemelerin uygulamaları temelinde bu hüküm şöyle yorumlanmalıdır: Birlik mahkemeleri, açık kalan Birlik hukuk düzenini kendilerine çizilen sınır çerçevesinde Birlik sistemindeki işlevine uygun şekilde hukukun genel geçerli kurallarına yönelmeye ve bu anlamda geliştirmeye görevli kılınmışlardır²⁸.

B. Demokratik Meşruluk

Yargısal denetim, Avrupa Birliğinde demokratik meşruluğun yapısal eksikliği nedeniyle büyük öneme sahiptir²⁹. Zira, yapısal koşullara bağlı nedenlerden dolayı köklü bir demokratik denetim olmadan Konsey ve Komisyona (her halükarda başlangıçta) devredilmiş çok sayıdaki yetkilerin katı bir yargısal denetim ile telafi edilmesi istenilmektedir. Ancak kurucu andlaşmalarda yer alan bu görevlendirme, Birlik mahkemelerine hukuku geliştirme yetkisi verilen meşru bir merci kimliğini vermek için tek başına yeterli değildir³⁰. Bunun için modern anayasa devletinde düzenli olarak devlet gücünün taşıyıcısı halk ile bir meşruluk zinciri talep edilmektedir³¹. Bu bağlantı, mahkemelerde yargıç seçim komisyonları gibi bedellere karşın nispeten zayıf oluşmaktadır: Bu durum, haklı olarak ilkin Adalet Divanı için geçerli olmaktadır. Üyeleri, üye devletler tarafından karşılıklı uzlaşıyla atanmaktadır. O halde, yargıç seçim komisyonları veya seçimin objektifleşmesine yönelik diğer süreçler Birlik dahilinde değil, olsa olsa üye devletlerin içinde öngörülmüştür³².

27) Everling, JZ 2000, S. 221.

28) Ibid.

29) Haratsch/Koenig/Pechstein, age., S. 161, Rn. 408; Pernice, Ingol, "Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund", EuR 1996, S. 27, 37; Ukrow, age., S. 146.

30) Everling, JZ 2000, S. 221.

31) Ibid.

32) Epping, Volker, "Die demokratische Legimitation der dritten Gewalt der Europaeischen Gemeinschaften", Der Staat 36 (1997), S. 349; Siebert, Derk, "Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europaeischen Gemeinschaften", Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M., 1997, S. 1 vd.

Oysa bu suretle, Avrupa Birliği mahkemelerinin içtihat verme ve özellikle hukuku geliştirme yetkisi kısıtlanmamıştır³³. Zira demokrasi, yalnızca egemenlik gücünün halka geri bağlanmasıyla değil, aynı zamanda güçler ayrılığı, şeffaflık, vatandaşlık hakları ve etkin hukuki korunma gibi diğer etkenlerle de gerçekleşmektedir³⁴. Avrupa Birliğinde parlamenter demokrasinin unsurları henüz eksiklikler içerdiğinden, özgürlükçü, hukuka bağlı bir düzenin kurulması ve güvence altına alınması için Avrupa Birliği mahkemelerine özel bir sorumluluk verilmektedir.

Avrupa Birliği mahkemeleri, bu tarzdaki bir işlevin meşruluğunu maddi görevlendirilmesi dışında ilk sırada yasal olarak kurulan ve objektif şekilde davranan merci konumundan alırlar³⁵. Max Weber, bir kurumun rasyonel, geleneksel ve karizmatik karakterini bunun için esas olarak görmüştür³⁶. Buna göre Birlik mahkemeleri, otoritesini her şeyden önce kurucu andlaşmada yer alan görevlerinden, Birliğin anayasal sistemindeki konumu ve bağımsız şekil verme yetkisinden, düzenlenen usul içindeki adalete uygun, üye devletlerin ortak geleneklerine dayalı hüküm vermesinden, üyelerinin bağımsızlığı, tarafsızlığı ve yansızlığından ve hak ve adalete yöneltilen kararlarının hak sahipleri tarafından kabul edilebilirliğini gerektiren inandırıcılık gücünden çıkarmak zorundadırlar³⁷. Her ne kadar iyileştirmeler arzu edilse de esas itibarıyla bu koşulları yerine getirdikleri konusunda kuşku yoktur.

Netice itibarıyla içtihatların hukukçular tarafından kabul edilmesi, hukuk geliştirilmesinin başarılıp başarılmadığını ortaya koymaktadır. Ancak bu, ölçülü ve dengeli bir içtihadı gerektirir³⁸. Tüm üye devletlerde bütünleşmenin çok çeşitli siyasi, ekonomik ve toplumsal çerçeve koşullar için ideolojisiz hassasiyet yargıçlardan talep edilmekte ve ayrıca Birlik mahkemelerinden gele-

33) Everling, JZ 2000, S. 221.

34) Ibid.; Pernice, Ingol, "Maastricht, Staat, Demokratie", Die Verwaltung 1993, S. 449; Classen, Claus Dieter, "Europäische Integration und demokratische Legitimation", AöR 119 (1994), S. 238.

35) Everling, JZ 2000, S. 221, 222.

36) Naklen Everling, JZ 2000, S. 222.

37) Ibid.

38) Ancak Adalet Divanının eski kararlara atıf yapması, her zaman inandırıcı ve her şeyden önce ona dayandırılan bir hukuk geliştirilmesi için yeterli dayanak olarak görülmemektedir.

cekte tümüyle bağımsız yargı merci olarak meşrulaşması istenilmektedir. Buna, yukarıda izah edilmiş olduğu gibi, kurucu andlaşmaların ilkelerine, genel hukuk ilkelerine, temel haklar ve hukuk devleti gereklerinin güvence altına alınmasına, etkin hukuki korunma ve adil yargılanma güvencesine ve her defasında önceki kararlara dayanan aşamalı gidişe, kararların belirginleştirilmesinde ve gerektiğinde düzeltilmesinde gerekçeli açıklamaya ve esnekliğe ve nihayet Avrupa politikasının genel gelişim çizgilerine ayarlanmaya yönelim girmektedir. Yargıçlar, bu esnada Avrupa kamuoyu ve uzmanlarca yapılan eleştirilerle yüzleşirler. Öğretide yapılan eleştiriler içtihat üzerinde önemli etkisi vardır. Fakat öğretide de görüşlerinde, Avrupa Birliği mahkemelerinin görevlerini yerine getirmek zorunda kaldıkları ağır çerçeve koşulları gözetmek ve ulusal tarafgirlik ve ön yargılardan çözülmek zorundadır³⁹.

IV. Avrupa Birliği Mahkemelerinde Hukuku Geliştiren Kararların Alınması

A. Karar Alınmasının Güçlüğü

Avrupa Birliği mahkemeleri, tek tip olmayıp, diğer mahkemeler gibi genellikle uzun süreli yaşam tecrübesi ve fikri görüşleri olan bireysel şahsiyetlerden oluşmaktadır. Fakat Avrupa Birliği yargıçları, ulusal mahkemelerin yargıçlarından farklı olarak, az çok birbirine uygun olan fikri, mesleki ve kültürel zemine sahip değildirler⁴⁰. Değişik üye devletlerden gelmekte olup, farklı tarihi gelenekler, farklı kültürel, dini ve toplumsal düşünce yapıları ve her şeyden önce farklı hukuk düzenleri ile şekillenmişlerdir. Geleneklerini, temel düşüncelerini, değerlerini ve maddi ve şekli hususiyetlerini ortak karar oluşturmaya getirmektedirler. Bu yüzden kararın alınmasında zorluklar çıkabilmektedir.

39) Bu bağlamda şu noktaya temas edilmelidir. Yargıçlar, bağımsız ve tarafsız olup, uygulamada ulusal baskılara maruz kalmamaktadırlar. Fakat, yargıçların sadece altı yıllığına atanması ve yeniden atanabilmesi durumu eleştirilmelidir. Çünkü görev süreleri uzun inceleme süresi yüzünden pratik nedenler dolayısıyla oldukça kısadır. Ayrıca yargıçların yeniden atanma imkânı, haksız intibaların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Bu yüzden, yargıçların görev süresi ulusal anayasa mahkeme yargıçlarında olduğu gibi uzatılmalı, yeniden atanma imkânının ise kaldırılmalıdır. Bkz. Everling, JZ 2000, S. 222.

40) Bunun için bkz. Everling, Ulrich "Der Gerichtshof als Entscheidungsinstanz – Probleme der europaischen Rechtsprechung aus richterlicher Sicht", in: Schwarze, Jürgen (Hrsg. u.a.), "Der Europaische Gerichtshof als Verfassungsgerichtshof und Rechtsschutzinstanz", 1. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden, 1983, S. 137.

B. Karar Alma Sürecinin Karakteristiği ve Yorum Metodları

Avrupa Birliği yargısında hukukun geliştirilmesi, Avrupa Birliği hukuk düzeninin bazı özellikleriyle şekillenmektedir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği mahkemelerinin esaslı metodolojik yaklaşımları ulusal yargıda söz konusu olan metodla geniş ölçüde bağdaşmaktadır⁴¹.

Avrupa Birliği mahkemeleri, hukukun geliştirilmesini her bakımdan yorum metodlarının içerisine yerleştirmektedirler. Yani, hukukun geliştirilmesi ile hukukun yorumlanması açısından yöntem (metodolojik) açısından bir fark yapmamaktadırlar. Avrupa Birliği mahkemelerinin karar alma uygulamasının karakteristiğini adımsal metod oluşturmaktadır.

1. Lafzi Yorum

Avrupa Birliği mahkemelerinde karar alınırken maddi olayın değerlendirilmesinin çıkış noktası, her mahkemede olduğu gibi ilk önce uygulanması gereken normun lafzıdır. Fakat bu, Avrupa Birliği hukukunun etkin şekilde uygulanmasına çok uygun değildir⁴². Normun lafzı, özellikle uluslararası alanda müzakere edilen kurucu andlaşmalar ve genellikle siyasi uzlaşılarda şekillenen 23 dilde yazılan organ tasarruflarında asla açık değildir, aksine genel olarak karmaşık, belirsiz ve eksik olup, tarihsel anlamları yoktur. Bu nedenle, Avrupa Birliği hukukunda lafzi yoruma çok düşük seviyede bir önem gelmektedir.

Avrupa Birliği hukukunda da kavramların mutad anlamları için gerektiğinde birincil veya ikincil hukukun çok sayıdaki and-

41) Bunun için bkz. Larenz, Karl, "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", Springer Verlag, Berlin, 1991, S. 320 ff.; Pernice Ingolg/Mayer, Franz C., in: Grabitz Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union Kommentar, Losebl.-Ausg., Beck Verlag, München, 2002, "Art. 220", Rn. 42.; Calliess, age., S. 3.

42) Bununla birlikte, Adalet Divanının 1999 yılında vermiş olduğu kararlara ilişkin yapılan uygulamalı bir araştırma, yorum uygulaması bakımından şu sıralamayı vermiştir: En sık kullanılan gerekçelendirme şeklini eski içtihatlarla yapılan gönderme oluşturmaktadır ki, klasik yorum metodlarını çok yönden geçmektedir. İkinci çok sık kullanılan gerekçelendirme şeklini lafzi yorum teşkil etmektedir. İlk kez ondan sonra amaçsal metod izlemektedir. Nihayet sistematik ve tarihsel yorum metodları ise 1999 yılındaki Adalet Divanı kararlarında sadece tali öneme sahip olabilmektedir. Bu sonuçlar, araştırmanın yazarını lafzi yorumun öneminin öğreti tarafından büyük ölçüde kavranmadığı kabulüne götürmüştür. Oysa çalışmanın sonuçları öğretilerdeki baskın görüş ile sadece görünürde çelişmektedir. Çünkü çok sınırlı bir süreyi kapsayan uygulamalı bir araştırmaya dayanarak amaçsal yorum metodunun önemini görecelileştirilmesi çok sorunlu görülmektedir. Naklen Calliess, age. 2005, S. 4.

laşma metinlerinin karşılaştırılması yapılmaktadır⁴³. Bu bağlamda, Birlik hukuku normlarının değişik dildeki metinleri nedeniyle özel olarak şekillenen bir kavram anlayışı gerekli olmaktadır⁴⁴. Avrupa Birliğinin devletlerüstü hukuk düzeni, özellikle tüm üye devletlerde bir bütün olarak geçerli olabilmesi için özerk Birlik hukuku kavramlarının oluşturulmasına öteden beri ihtiyaç duymuştur. Bu gereklilik, Birlik hukuku kavramlarının özerk bir şekilde yorumlanmasına ilişkin ilkesel bir yükümlülüğü getirmektedir. Nitekim Adalet Divanı, objektif kelime anlamını belirlerken genelde kavramların Avrupa Birliği hukuku açısından özel olarak yorumlanması gerektiği sonucuna varmaktadır⁴⁵.

2. Tarihsel Yorum

Norm koyucunun iradesine dayanan tarihsel yorum, hukuk koymanın Avrupa düzeyinde daima özel bir uzlaşısı ve müzakere karakterini taşıdığı gerçeği karşısında mahkemelerin gerekçelendirmesi için yeterli olmayıp, daha ziyade yardımcı bir gerekçelendirme önemini haizdir⁴⁶. Tarihsel yoruma başvurulmasına engel bir durum da bütünleşme anlaşmasının doğasında bulunmaktadır. Nitekim üye devletler, kurucu andlaşmaları bilinçli bir şekilde dinamiklerine koyarlarken, politik sistemin gelecekteki gelişmelerini önceden görememekteydiler⁴⁷. Ayrıca birincil hukuk kaynaklarına ilişkin materyallere ulaşılmasının mümkün olmaması da tarihsel yorumun yapılmasını zorlaştırmaktadır.

3. Amaçsal Yorum

Sıklıkla, kuralın ruhu, yapısı, lafzına ve andlaşmanın sistemi ve amacına dayandırılan sistematik amaçsal yorum metodu ola-

43) Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, age., S. 162, Rn. 411.

44) Ulusal hukuk, yalnızca Avrupa Birliği hukukunun bu kapsamda kurallar koymadığında veya ulusal hukuka gönderme yaptığına (ki bu yorumla sağlanması gerekir) uygulamaya gelebilir. Örnek: Andlaşmada yer alan "kamu idaresi" kavramının Birlik hukukunun bir kavramı olması zorunludur; aksi takdirde işçilerin serbest dolaşımının uygulanma alanının ulusal hukukla keyfi şekilde daraltılması üye devletlerin ellerinde olabilirdi. Kavram oluşturma, niha olarak Adalet Divanının sorumluluğunda bulunmaktadır. Üye devletlerin hukuk düzenlerinde genel olarak kabul edilen hukuk ilkelerinin Avrupa Birliği hukuku kavramlarının oluşturulmasında dikkate alınması, bir gönderme süreci değil, aksine yalnızca hukuk anlayışının kaynağı olarak esas alındığı bir benimseme sürecidir.

45) Adalet Divanı, *Corman kararı*, Rs. 64/81, Slg. 1982, S. 13, Rn. 8.

46) Adalet Divanı, *Fransa/Komisyon kararı*, Rs. C-327/91, Slg. 1994, I-3641, 3677, Rn. 39; *Weber kararı*, Rs. C-314/91, Slg. 1993, 1093, 1112, Rn. 21.

47) Sander, age., S. 40.

rak ifade edilen karma bir yoruma gelinmektedir⁴⁸. Avrupa Birliğinin amacı olarak ilerleyen bütünleşme, sistematik ve amaçsal yorumun özel bir ağırlık kazanmasına yol açmaktadır⁴⁹. Sistematik amaçsal yorum yaklaşımı çerçevesinde söz konusu hükmün Birlik hukukunda anlam ve işlevi araştırılmaktadır⁵⁰. Burada amaçsal yorum ile hukukun geliştirilmesi arasında sınırlar akıcı şekilde birbirine geçmektedir⁵¹.

Adalet Divanının genel olarak andlaşma amaçlarını en çok teşvik eden ve Avrupa Birliğinin işlevselliğini temin eden bir yoruma⁵² öncelik vermesi, andlaşma metinlerinin daha ziyade geniş bir şekilde yorumlanmasına neden olmuştur. Bu, kendisine “Avrupa bütünleşmesinin motoru” olarak nitelendirilmesine arka çıkmıştır⁵³. Adalet Divanı, (tek taraflı olarak) bu amaç yönelimiyle üye devletlerin anayasal sistemlerini bütünleşme gayesinin altına koyan, uluslararası hukuktan kopan bir süreci harekete geçirmiştir.

Ancak burada, Birlik mahkemelerinin yönelebileceği Birliğin nihai amaç yönünün ne olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorun, ilk önce münferit andlaşma hükümleri için geçerlidir. Çünkü onların anlam ve işlevlerinin Birlik sisteminde bulunması gerekmektedir. Ancak bu genellikle yeterli değildir, aksine bunun ötesinde Birliğin genel amaçlarına göre belirlenmesi gerek-

48) Haratsch/Koenig/Pechstein, age., S. 162, Rn. 411.

49) Oppermann, Thomas, “Europarecht”, Beck Verlag, München, 1999, Rn. 685.

50) Everling, JZ 2000, S. 217, 223; Calliess, age., S. 14..

51) Calliess, age., S. 14.

52) Avrupa Birliği hukukunun yorumlanmasında özel bir rolü, sistematik ve amaçsal yorumun özel bir şekli olan Fransız hukukundan alınan “effet utile” kuralı oluşturmaktadır. Buna göre, her norm tüm etkisini gösterebilecek şekilde yorumlanmalıdır. Avrupa Birliği hukuku normları, “yararlı bir etkisini” göstermeleri, yani amaçlarına ulaşmaları ve Avrupa Birliğinin işlevselliğini güvence altına alınması şeklinde yorumlanmalıdır. Bkz. Streinz, Rudolf, “Der „effet utile“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften”, in: Festschrift für Ulrich Everling Band II, 1491 (1493 f.). Bu ilke, tümüyle uluslararası hukuktaki bütünleşme (entegrasyon) andlaşmalarının yorum geleneğinde bulunmaktadır. Bu içtihat uygulaması, “Implied Powers” doktriner görüşlerin yardımıyla söz konusu olmaktadır. “Implied powers” öğretisi, Avrupa Birliğinin yazılı olmayan yetkilerinin kabul edilebilmesine temel yaratmaktadır. O halde kurucu andlaşmaların kuralları, açıkça andlaşma metinlerinde yer almayan genel hukuk ilkeleri ve kurallarını kapsamaktadır. Zira onların bulunmaması halinde dolaylı olarak andlaşmanın “anlamalı” ve “rasyonel” şekilde uygulanması mümkün olamamaktadır.

53) Bu şekilde Streinz, Rudolf, “Europarecht”, Springer Verlag, Berlin, 2001, Rn. 494; Schweitzer/Hummer, age., Rn. 445; Ukrow, age., S. 156; Stein, Torsten, “Richterrecht wie anderswo auch?”, in: Gerd Reinhard (Hrsg.), Festschrift Heidelberg, Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsform, Auftrag und Grenzen, 1986, S. 619, 622.

tedir. Bu arka planda münferit andlaşma hükümleri anlaşılabilir-mektedir. Organların ve üye devletlerin politikaları, çok sayıdaki genel açıklamalara karşın bütünleşmenin nihai hedefini tespit edememiştir; çünkü bu sadece tarihsel gelişim ile ortaya çıkabil-mektedir. Birlik mahkemeleri, bu yönelmeyi bizzat üyelerin kişi-sel bakışlarına uygun şekilde belirleyemez, aksine onu Birlik andlaşmalarından kazanması gerekir. Ancak bunlar, Birliğin ge-lecekteki şeklini açık bırakmakta olup, yalnızca yönleri göster-mektedir.

Bu bakımdan belki en önemli yaklaşım noktasını, ilk önce Avrupa Toplulukların başlangıcından beri var olan kurucu andlaş-maların önsözünün giriş cümlesi oluşturmaktadır. Bu hükme gö-re, imzalayan devletler, Avrupa halkların daima daha sıkı bir bir-leşmesinin temellerini yaratmaya ilişkin kararlı iradelerini ortaya koymaktadırlar. Kurucu andlaşmaların önsözünün diğer somut paragraflarına ve ayrıca bunun ötesinde kurucu andlaşmaların ilkesel maddeleri ve özellikle ikincilik ve ölçülülük ilkelerinin içti-hadın amaçsal yöneliminin temeli olarak görülebilir. Burada, hu-kukun korunmasını güvence altına alma görevine uygun şekilde üye devletlerin hukuk ve anayasal düzenlerinin tartıcı şekilde karşılaştırmasından çıkarılan genel hukuk ilkeleri de dahil edil-mesi gerekir.

Üye devletlerin devlet başkanları ve hükümetleri temsilcileri düzeyinde toplanan Avrupa Konseyinin ortaya koyduğu genel amaçlar, kurucu andlaşmaları değiştiremez ve kurum ve organ-ları andlaşmada öngörülme-yen davranışlarda bulunmaya yetki-lendiremezse de, yorum ve hukukun geliştirilmesi için önem ta-şıyan amacın belirlenmesine önemli bir katkı sağlayabilmekte-dir⁵⁴. Yargı, içtihatlarında ona da yönelmek zorundadır.

4. Boşluk Doldurma Yolu

Dinamik evrimsel yorum yaklaşımı dikkate alındığında, kuru-cu andlaşmalar hukuk sistemindeki bir boşluğun plana aykırı ta-mamlanmamışlık olarak vasıflandırılabiliniyorsa⁵⁵, bu durumda boşluklar, Birlik mahkemeleri tarafından (kıyas yoluyla) dolduru-

54) Calliess, *age.*, S. 15; Everling, JZ 2000, S. 217, 223; Buck, Charsten, "Über die Auslegungsmethoden des EuGH", Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M., 1998, S. 233.

55) Everling, *planlı ve planlı olmayan hukuk boşluk ayrımının muğlak olduğunu, bu bakımından hukuk geliştirilmesinde kıyas olarak değerlendirilmesinin mümkün olamayacağı düşünce-sindedir. Bkz. Everling, JZ 2000, S. 218.*

labilir⁵⁶. Adalet Divanı, yetkileri içinde bulunan bu imkâna yerleşik içtihadında tekrar tekrar açıkça işaret etmiştir⁵⁷. Bu bakımdan boşlukların doldurulması, gerek dikey gerekse yatay olarak hukukun geliştirilmesi çerçevesinde özellikle Birliğin güçlendirilmesi söz konusu olduğunda tereddütsüz şekilde cömertçe kullanılmaktadır⁵⁸.

5. Hukuk Karşılaştırılması Yolu

Sistematik amaçsal yorumun sınırlarına varıldığında; o zaman Birlik mahkemeleri diğer bir adım olarak hukuk karşılaştırılması yorum metoduna başvurmaktadır. Fakat her bir hukuk düzenini yalnızca farklı hukuk kültürleri ve gelenekleri değil, aynı zamanda farklı metodolojik ilkeler temelini oluşturduğundan, Birlik mahkemeleri tarafından hukuk karşılaştırma sürecinde netice itibarıyla tartışıcı bir unsurun kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun sonucu itibarıyla inceleme sonucunun Avrupa Birliğinin amaçlarına ve yapısına yerleştirilebilir olması gerekir. Bu metodun önemli bir örneğini, Adalet Divanı tarafından üye devletlerin anayasal geleneklerinde ve hukuk düzenlerinde yer alan ortak genel hukuk ilkelerinden geliştirdiği temel hakların korunması yargısı oluşturmaktadır⁵⁹.

6. Diğer Yorum Metodları

Adalet Divanı, bu yorum metodlarının ötesinde ayrıca bir dizi özel yorum metodları geliştirmiştir. Bunlara, her şeyden önce olası taraf iradelerinin bulunmasına ve uluslararası hukukun ilkelerine benzeyen klasik yorum metodlarının yardımıyla bulunmuş anlamsız veya keyfi yorum sonuçlarının reddedilmesi girmektedir. Avrupa Birliği hukuku ile ulusal hukuk düzeni arasındaki ilişkinin çözümlenmesi için önemli olan diğer yorum ilkelerini, özellikle Avrupa Birliğinin işlevi ve işlevselliği, Birlik hukukunun yeknesak uygulanması ve bütünlüğü kuralları oluşturmaktadır⁶⁰.

56) Calliess, age., S. 15.

57) Ibid.

58) Öğretide, Adalet Divanı içtihatlarının motivasyonun üç ana gayesi olduğu belirtilmektedir:

- Birliği güçlendirmek
- Birlik hukukunun geçerliliğini/etkinliğini ve uygulama alanını büyütme ve
- Birlik kurumlarının yetkilerini genişletmek

Bunun için bkz. Calliess, age., S. 11.

59) Calliess, age., S. 15, 16.

60) Ibid, S. 3.

V. Adalet Divanının “Hukuku Geliştiren” İçtihat Uygulaması

A. Genel Olarak

Adalet Divanı, hukukun korunması görevi çerçevesinde, Birlik hukukunu mümkün olduğunca kapsamlı bir hukuki korunma sistemi olarak algılamakta ve görevden kaçınma yasağını dikkate alarak baştan beri Birlik hukukunda düzenleme boşluklarını doldurmayı görev saymaktadır. Bu temel üzerinde Adalet Divanı, her defasında sürekli olarak hukuk geliştirilmesine yönelmiştir.

Adalet Divanı, mahkemelerin geniş hiyerarşisinde tepede bulunan ve mahkemelerin daha önceden vermiş oldukları kararlarıyla ağır ihtilaf sorularına hazırlanan ulusal yüksek mahkemeler gibi durmaz⁶¹. Kural olarak burada yalnızca eski kararlarına dayanabilmektedir. Genellikle önceden genel olarak formüle edilmiş içtihadıyla somut ihtilafı hükme bağlar. Kararın içeriğini sonradan izleyen bilimsel tartışmaların ve uygulamada ortaya çıkan zorlukların etkisinde açıklığa kavuşturur, tamamlar, kısıtlar veya düzeltir.

Adalet Divanının Avrupa Birliği hukukunun andlaşmalar temelinde ve orada belirtilen amaçlar anlamında geliştirilmesi alanındaki işleri emsalsizdir. Öyle ki Avrupa Birliği hukukunun bugünkü resmi geniş ölçüde onun içtihatlarıyla şekillenmektedir. Nitekim Adalet Divanı, “bütünleşmenin motoru” rolünü, zaman zaman çekingen gözüксе de, bir dizi sansasyonel kararında dikkate ettirmekten geri kalmamıştır.

B. İçtihadın Tarihsel Seyri

Avrupa Kömür Çelik Topluluğunun başlangıç dönemi bir kenara bırakılırsa, 60'lı yılların ilk yarısında verilen van Geend en Loos ve Costa/ENEL gibi önemli ilke kararlarıyla bir uyanış havası çıkmıştı. Ne var ki bu durum, boş sandalye kriziyle 1965 yılından itibaren değişmeye başlamış ve Adalet Divanı daha çekingen olmuştur. Yine de Adalet Divanı, Birliğin siyasi kriz zamanlarında bütünleşmenin durmasına karşı gelen olmuştur. Öyle ki Adalet Divanı, uyumlaştırma vasıtasıyla pozitif bütünleşmenin Konseyde kararların alınmasının bloke edilmesi çerçevesin-

61) Kuşkusuz Adalet Divanı, bir temyiz mercii olarak davaya baktığında (İlk Derece) Mahkeme(sinin kararından faydalanacaktır.

de gevşemeye geldiğinde, pazar serbestilerini ve özellikle malların serbest dolaşımını kısıtlama yasağına geliştirerek negatif bütünleşmeyi zorlamıştır. Özellikle 1969 yılında Lahey'de yapılan zirve ve onu izleyen tarım politikasına ve parasal birliğe ilişkin kararların ardından yeniden aşıkâr şekilde içtihadı da etkisini gösteren bir iyimserlik ortaya çıkmıştır. Bu süreçte Adalet Divanı, Dassonville, AETR ve van Duyn gibi ilke kararları vermiştir. Ancak 1970'li yıllarda hava, çok geçmeden uluslararası para ve petrol krizi baskısı altında yeniden değişime uğramıştır. Bunun sonucunda Adalet Divanı, ilk sırada ulaşılan bütünleşme durumunu muhafaza etmeye ve sınırlı adımlarla inşa etmeye uğraşmak zorunda kalmıştır.

Öte yandan Adalet Divanı, aktif rolünü siyasi tek yönlü giden duruma karşı sürülmesine sınırlamamış, aksine yasamanın yoğun faaliyette olduğu iç pazarın tamamlanması dönemi gibi dinamik gelişmeleri de desteklemiştir. İç pazar coşkusu diğer kurumların yanı sıra Adalet Divanını da etkilemiştir. Böylece Adalet Divanı, izleyen dönemde Erasmustan Francoviche kadar önemli kararlara imza atmıştır. Bu kararlar, van Gend en Loos ve Costa/ENEL ilke kararları gibi dinamik bir uyanışın sesi bağlamında görülebilmektedir. Zira onların dalgalarıyla, Birlik hukukunun temel yapıları inşa edilmiştir.

Nihayet Adalet Divanı, Maastricht Andlaşmasının onaylanması vesilesiyle yapılan ağır tartışmalar, uygulanan halk oylamaları ve verilen mahkeme kararlarının ardından sarkacın tekrar tersine dönmesi üzerine Keck veya Dori gibi kararlar vererek eski içtihatlarını kısıtlamaya başlamıştır⁶². Bu nispeten geri dönüşün bugün de devam ettiği görülmektedir.

62) Bunun için birkaç örnek verilebilir: Adalet Divanı, malların serbest dolaşımına ilişkin Dassonville kararının ilkelerini önce Cassis de Dijon kararı ve sonra Keck kararı ile somutlaştırmıştır. Yönergelerin yatay etkisine ilişkin van Duyn ve Ursula kararlarının kapsamını daha sonra Dori kararı ile sınırlandırmıştır. Diğer üye devletlerin hastalık belgelerine ilişkin Paletta I kararını, Paletta II kararı ile düzeltmiştir. Birlik hukukunun ihlal edilmesi nedeniyle devletin sorumluluğuna ilişkin Francovich kararını Brasserie du Pecheur kararı ile somutlaştırmıştır. Muzlara ilişkin olarak verilen Port kararı keskinliğini azaltmıştır ve işçilerin maddi araç olmaksızın işleme geçişlerindeki haklarına ilişkin Christel Schmidt kararını ise Süzen kararı ile değiştirmiştir. O halde Adalet Divanı, kararlarına haklı bilimsel itirazlar geldiğinde tümüyle hassas şekilde reaksiyon göstermektedir. Bu yüzden, böyle durumlarda Almanya'da mutad olduğu gibi Adalet Divanı için ulusal yardım çağrısının yapılmasından kaçınılması gerekir. Aksine tartışmayı gerekçeli şekilde Birlik düzeyinde yapılması gerekir. Bkz. Adalet Divanı, 4.12.1974 tarihli Yvonne von Duyn / Home Office kararı, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337; 11.07.1974 tarihli Dassonville kararı, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837; 20.02. 1979 tarihli Cassis de Dijon kararı, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649; 24.11.1993 tarihli Bernard Keck ve Daniel Mithouard kararı, verb. Rs.

Bu tarihsel genel bakış, yalnızca eğilimleri göstermekte ve somut olaylarda ayırık durumları olasılık dışında bırakmamaktadır. Bununla birlikte tümüyle açık kılmaktadır ki, içtihat yoluyla hukuk geliştirilmesi çerçevesinde ölçülmesi, esas itibarıyla dalgali şekilde gitmiş ve bu esnada siyasi gelişmelerin dalgalarını izlemiştir. Ancak bu durum, doğrudan üye devletlerin direkt veya dolaylı tesirlerinden çıkmamıştır. Daha ziyade Adalet Divanı, politika ve kamuoyundaki genel atmosferden etkilenmiştir. Hukuku geliştiren içtihatlarında da esas itibarıyla üye devletlerin ve siyasi ve toplumsal güçlerin taşıdığı genel siyasi gelişmeler çerçevesinde harekete geçmiştir.

Fakat içtihadın gelişimi, yalnızca dış koşullara reaksiyon olarak anlaşılamaz. Tam tersine kararları birbirine bağlayan ve karşılıklı olarak birbirini gerektiren belirli bir iç mantığa da itaat edildiği görülmektedir. Burada Adalet Divanı, hukuku geliştiren kararlarında daima aynı şekilde benzer gerekçeleri kullanmaktadır. Sık sık Andlaşmanın ruhu ve sistemine dayanmaktadır ve gerekçesini çoğu kez de andlaşmaya sadık kalma yükümlülüğünden çıkartmaktadır.

C. Kurucu Andlaşmaların Anayasallaştırılması

Kurucu andlaşmaların Adalet Divanının içtihatlarıyla anayasallaştırılması süreci, 60'lı yıllarda başlangıcını bulmuştur⁶³. Bunlardan bazıları aşağıda incelenmektedir⁶⁴.

1. Birlik Hukuk Düzeninin Özerkliği

Adalet Divanı, 1962 yılında vermiş olduğu Costa/ENEL kararında⁶⁵, Birliğin işlevselliği, Birlik hukukunun uygulanma gücü ve uluslararası hukuka karşı sınırlandırılması altında Birlik hukuk

C-267/91 ve C-268/91, *Slg.* 1993, I-6097; 19.01.1982 tarihli *Ursula Becker* kararı, *Rs.* 8/81, *Slg.* 1982, 53; 14.07.1994 tarihli *Faccini Dori* kararı, *Rs.* C-91/92, *Slg.* 1994, I-3325; 3.2.1992 tarihli *Paletta (I)* kararı, *Rs.* C-45/90, *NJW* 1992, 2687; 2.5.1996 tarihli *Paletta (II)* kararı, *Rs.* C-206/94, *Slg.* 1996, I-2357, 19.11.1991 tarihli *Francovich* kararı, *verb. Rs.* C-6/90 ve C-9/90; *Slg.* 1991, I-5357; 5.1996 tarihli *Brasserie du Pecheur* kararı, *verb. Rs.* C-46/93 ve 48/93, *Slg.* 1996, I-1029; 26.11.1996 tarihli *Port* kararı, *Rs.* C-68/95, *Slg.* I 1996, 6065; 14.4.1994 tarihli *Christel Schmidt* kararı, *Rs.* C- 14.4.1994, *Slg.* 1994, I-1311 ve 11.3.1997 tarihli *Ayşe Süzen* kararı, *Rs.* C-95/13.

63) Anayasallaştırıcı etkisi olan çoğu olaylar, ön karar davası üzerinden hükme bağlanmıştır.

64) Adalet Divanının yaklaşımları, bugün gerek ulusal anayasa mahkemelerin içtihatlarında ve gerekse kamu ve Avrupa Birliği hukuku öğretisinin büyük çoğunluğunda genel kabul görmüştür.

65) Adalet Divanı, *Costa/ENEL* kararı, *Rs.* 6/64, *Slg.* 1964, 1269.

düzeninin bağımsızlığı ve özerkliği açıklamasıyla kurucu andlaşmaların anayasallaştırılmasının temel taşıını koymuştur. “*AET Andlaşması, mutad uluslararası andlaşmalardan farklı olarak yürürlüğe girmesiyle üye devletlerin hukuk düzenlerine alınan ve onların mahkemeleri tarafından uygulanması gereken kendisine ait bir hukuk düzeni yaratmıştır.*” Bu içtihadıyla Adalet Divanı, Avrupa Birliği için bağımsız bir hukuk sistemi ve kendine özgü hukuk kaynakları, ilkeleri ve buyrukları ile yeni kamusal güç olarak alt yapısını ve aynı zamanda Avrupa ile ulusal düzeylerin bağlanmasının esasını yaratmıştır. Özerk, yalnızca üye devletler tarafından çıkarılmayan hukuk kaynağı olarak Birlik hukuku, Birliğe ulusal ölçütlerden bağımsız şekilde değerlendirilebilen ayrı bir serbest eylem alanını temin etmiştir.

2. Birlik Hukuku Normlarının Doğrudan Etkisi

Adalet Divanı, Birlik hukuku normlarının doğrudan uygulanabilirliği konusunu ulusal mahkemelerin ve gerektiğinde bizzat kendisinin korumak zorunda olduğu sübjektif hakların bunlardan çıkartılıp çıkartılamayacağı bakışı altında incelemiştir⁶⁶. İlk defa “hükümün ruhu, sistemi ve lafzı” formülüne başvurulması altında buna evet demiştir⁶⁷.

66) Krş. Adalet Divanı, van Gend en Loos kararı, Rs. 26/62, , Slg. 1963, 1.

67) “Doğrudan etki”, Adalet Divanının sonraki içtihat sürecinde dört boyutlu bir genişlemeye uğramıştır.

- Kurucu andlaşmaların üye devletler karşısında negatif yükümlülükten pozitif yükümlülüğe doğru genişlemesi, yani hareketsiz kalma yükümlülüğünden bir davranış yükümlülüğüne doğru genişleme, bkz. Adalet Divanı, Lütticke kararı, Rs. 57/65, , Slg. 1966, 205.

- (Kurucu andlaşma hükümlerinin) dikey doğrudan etkisinden yatay doğrudan etkisine doğru genişlemesi, bkz. Adalet Divanı, Walrave ve Koch kararı, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405; Defrenne II kararı, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455 ve Deutsche Grammophon kararı, Rs. 78/70, Slg. 1971, 487.

- Kurucu andlaşma hükümlerinin doğrudan etkisinden ikincil hukukun doğrudan etkisine doğru genişleme, bkz. Adalet Divanı, Grad kararı, Rs. 9/70, Slg. 1970, 825 ve van Duyn kararı, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337. Adalet Divanı, yönergelerin yalnızca üye devletlere yöneltildiğine ve ulusal hukukta yaşama geçirilmelerinden önce bireyler için hukuki sonuçlar doğurmadığına ilişkin başlangıçtaki bakışını şu şekilde göreceleştirmiştir: Gerektiğinde (doğrudan uygulanabilir ve yeterince açık ve somut) hükümler, üye devletlerin yürürlüğe koymanın şekli ve araçlarının seçimindeki takdir alanlarını kullanmaya gerek kalmaksızın doğrudan etkiler göstermektedir. Doğrudan geçerliliğe sahip yönerge hükümlerinin doğrudan etkisinin eğilimsel olarak dikey alandan yatay alana genişletildiğine ve bireyin yalnızca mahkeme önünde değil, tüm resmi merciiler önünde yönergelerin uygulanmasına dayanabileceğine dikkat çekilmelidir, bkz. Adalet Divanı, Constanzo kararı, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, Foster kararı, Rs. C-188/89, Slg. 1990, I, 3313 ve von Colson ve Kaman kararı, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891.

- Doğrudan etkinin Birliğin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara da genişletilmesi, bkz. Adalet Divanı, Kupferberg kararı, Rs. 104/81, Slg. 1982, 3641.

Uluslararası hukukun aksine doğrudan bireyleri gözetme imkânına sahip hukuka bağlı birlik olarak Birliğin esaslı bir yapısal prensibinin temel taşıını koymuş ve bu bağlamda haklar ve yükümlülükler yaratmıştır.

Birlik, anayasal devletler birliği olarak geleneksel devletler birleşmelerinden daha fazlası olduğu için, üye devletlerin ötesine geçip onların yurttaşlarını doğrudan dikkate almaktadır. Yurttaş bakımından sübjektif hukuki korunma fonksiyonu ile objektif koruyucu rol arasındaki bu bağlantı, Adalet Divanının van Gend en Loos kararı ile başlayıp, van Duyn ve Marleasing kararlarından sonra Francovich kararına kadar devam etmiş olan bir dizi yenilikçi içtihatlarında yer almaktadır⁶⁸. Tam burada tarif edilen bağlantı bir kez daha açıkça ifadesini bulmuştur. Adalet Divanı, devletlerin sözleşme dışı sorumluluğunu gerekçelendirmek için açık biçimde Van Gend en Loos ve Costa/ENEL kararlarına dayanmıştır. Aynı zamanda Adalet Divanı, gerekçesinde sözleşmeye sadakat (ahde vefa) yükümlülüğüne dayanarak, yurttaş sadakat isteme hakkı olan gruba dahil etmiştir. Görüldüğü gibi Birliğe sadakat yükümlülüğü, yalnızca Birliğin kendisi bakımından değil, aynı zamanda Birlik – devlet – yurttaş arasındaki üçlü ilişkide etkisini göstermektedir.

3. Birlik Hukuku Normlarının Önceliği

Adalet Divanı, Costa/ENEL kararında, Birlik hukuk kurallarının ulusal hukuk normları karşısında önceliğini getirmiştir. “Doğrudan etki”nin gerekçelendirilmesi ve genişletilmesi ilk sırada “effet utile” ve Birliğin amacı ve pazar yurttaşlarının hukuki korunma yükümlülüğüne iliştilmiştir. Adalet Divanı, öncelik prensibini haklı kılmak için de Birliğin amaçlarına, yetkilerine ve özellikle de işlevselliği ve etkililiğine gönderme yapmıştır⁶⁹. Öncelik prensibinin müstesna önemi, Birlik hukukunun üst hukuk olarak açıklanmasında ve Adalet Divanının aynı zamanda ulusal hukuk karşısında dolaylı bir inceleme yetkisini kullanması suretiyle hukuki federalistliğe katkı yapmasında bulunmaktadır. Aynı şekilde tamamlayıcı “doğrudan etki” ve “öncelik” ilkeleri ile “ulusal devletlerin panzeri” kırılmış olup, pazar yurttaşlarının Birliğe doğrudan bağlantısı kurulmuştur.

68) Wolf-Niedermaier, *age.* S. 94; krş. Classen, *age.*, S. 238 vd.

69) Krş. Adalet Divanı, Costa/ENEL kararı, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 ve Humblet kararı, Rs. 6/60, Slg. 1960, 1163.

4) Birlik Temel Haklarının Güvence Altına Alınması

Adalet Divanının ilke ve temel haklar içtihadı özel dikkati bulmuştur. Temel haklar tartışmasına itici etkiyi, Birliğin “anayasa-ya uygunluğu”na ilişkin tartışmalar (ve özellikle de ulusal anayasa kısımlarının yüklenebilirliğinin sınırlarına ilişkin soru) vermiştir. Buna ilişkin olarak Adalet Divanı, başlangıçtaki görüşüne karşın temel hakların korunmasının genel hukuk ilkelerinin parçası olarak Birlik hukuk sistemine ve dolayısıyla yargı yetkisine entegre etmeye zorunlu olduğunu görmüştür. Mutlak bir önceliğin şeklen savunulması, temel hakların Birlik kurumlarını yükümlü kılan karakteriyle ayırıştırılmış ve tamamlanmıştır⁷⁰. Öncelik prensibinin kabul edilmesi ve uyulmasının güvence altına alınması niyeti bilhassa değinmeye değer⁷¹. Burada, Adalet Divanının birincil olarak Birlik hukukunun etkililiğini ve kabul ettirilmesini güvence altına alınmasına ilgi duyduğu görünmüştü ve bireysel ve temel hakların korunmasının münferit yurttaşlara (ulusal hukuka karşı) davacı olarak bu amaçla araçsallaştırılması imkânını sunmuştu. Çünkü Adalet Divanının görüşüne göre temel hak güvencesi, “üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri tarafından taşınsa da, Birliğin yapısına ve amacına eklenmesi gerekmektedir.”⁷² Buna göre, bireylere ilişkin yargının çıkış noktasını ortak pazar oluşturmaktadır. Temel haklar onun gerçekleştirilmesi için gereklidir. Aynı zamanda Adalet Divanı, ortak Avrupa temel hak korumasının ve standardının ulusal anayasa hukukunun altına konulmamasına ve bizzatıhi Avrupa mahkemesi olarak Birliğin hukuki tasarruflarını temel haklar ile bağdaştırılabilirliği açısından geçerliliğini saptamaya görev edinmiştir. Bu yargı uygulamasına ana eleştiri, temel haklarının doğrudan Birliğin amacının altına konumlandırıldığı ve pazar serbestilerinin evrensel (temel) haklara dahil edildiği durumuna karşı gelmektedir. Bunun anlamı, temel haklar normlar hiyerarşisinde en yüksek değildir ve pazar serbestilerinin gerçekleştirilmesine görevlendirilen Birlik organları ortak Avrupa temel haklarının asıl koruyucudurlar. Haklar, bireylerin elindeki kozlar olarak kalitesini yürütme gücüne karşı kaybetmektedir. Her halükarda siyasi organlardan ayrılan üst konumlu bağlayıcı bir hak değildir.

70) Krş. Adalet Divanı, *Internationale Handelsgesellschaft kararı*, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125.

71) Krş. Adalet Divanı, *Stauder kararı*, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419.

72) Adalet Divanı, *Internationale Handelsgesellschaft kararı*, Rs. 11/70, Slg. 70, 1125 Rn. 4.

Adalet Divanı, prensip itibarıyla Birlik temel haklarını kesin olarak şekillendirmeye ve uygulanmasını temin etmeye girişmektedir. Stauder davası⁷³ ile başlayarak özellikle Birlik hukuk düzeninin genel hukuk ilkeleri anlamında yazılı olmayan Birlik temel haklarını geliştirmiştir. Bu, kodifiye edilen hukuku tamamlayan “genel hukuk ilkeleri” şeklinde meydana gelmektedir. Fakat genel hukuk ilkelerinin kaynakları belirsizdir. Adalet Divanı, Avrupa temel haklarını üye devletlerin hukuk düzenlerinin mevcut hakları ve usullerinin sisteminden çıkarmaya uğraş vermektedir. Adalet Divanı, temel hakları, üye devletlerin anayasa geleneklerine ve üye devletlerin taraf olduğu uluslararası andlaşmalara dayanarak dikkate almakta ve korunması gereken genel hukuk ilkelerine saymaktadır. Fakat pozitif dayanak noktaları genel olarak açık değildir. Üye devletlerin anayasaları, anayasa gelenekleri ve Avrupa içi ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri, en önemli hukuk kaynakları olarak⁷⁴ bütünlüğünde ve münferit olarak ele almalarda sorunludur. Özellikle yaratıcı bir seçmecilik ile Avrupa temel haklarına gelecekte neyin dahil edildiği ve içerik olarak neyin somutlaştırıldığı açık değildir. Tümü, Birliğin temel hak standardının Birlik hukukunun devlet alanında somutlaştırılmasına ilişkin bir geri etkiye sahip olduğunda daha da sorunlu olmaktadır. Bunun sonucunda ulusal hukuk sistemleri, şimdi fiili uyumlaştırma zorunluluklarına tabi olmaktadır. Bu zorunluluklar, üye devletlerin temel haklar sistemini transfer etmesi sonucunu doğurmaktadır. Avrupa temel hak standardının diğer bir sonucu, ulusal hukukun tamamlanamaması ve bununla da hukuki güvenliğin azalmasıdır. Halis yurtiçi olaylar, potansiyel şekilde Birlik olayı olarak diğer temel hak koşullarına tabi olmaktadır.

Fakat temel hakların kabul edilmesi, yalnızca öncelik prensibinin savunulmasına ve eş zamanlı olarak Birliğin “hukuka bağlı birlik” olarak meşruluğunu vurgulamak için uygun olmayıp, aynı zamanda bütünleşmenin ilerletilmesi ve içtihadın önceden üye devletlerin yetki alanında bulunan alanlara genişletilmesine de hizmet etmiştir. Temel haklar, başlangıçta sadece Birlik kurumlarının hukuk koyma işlemlerinin kontrol ölçütü olarak geçerliken, şimdi üye devlet yasamasına da yönelmektedir. Bu yöne-

73) Adalet Divanı, Stauder kararı, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419.

74) Ancak Adalet Divanı, bu kaynaklarla şekli olarak bağlı değildir.

lim, diğer bir vurguyla meydana gelmektedir. Üye devletlerin hukuk koyma yetkileri dahilinde neyin bulunduğu sorusunun Birlik alanında neyin durduğu sorusuyla cevaplandırılması, yetki verilmesinin çetin, ama bir o kadar köklü değişimini açıklamaktadır.

Burada, Birliğin yapılarına ve amaçlarına eklenen bağımsız bir Birlik temel haklar koruması söz konusudur.

Bu suretle Adalet Divanı, üye devletler için önemli bir içtihat mahkemesi olmuştur ve bu işleviyle de ulusal anayasa mahkemelerin alanını daraltmıştır. Temel hakların korunması, 1997 tarihli Amsterdam Andlaşmasından itibaren Avrupa Birliği Andlaşmasına konulmuştur. Avrupa Birliği Andlaşmasının 6. maddesinin 2. fıkrası, Birliği temel hakları dikkate almaya yükümlü kılarak, Adalet Divanının yargısını teyit etmektedir⁷⁵.

Adalet Divanı tarafından Avrupa Birliğinde geliştirilen temel haklar, daha sonra Nis Andlaşmasına ekli bir şartta düzenlenerek yazılı hale getirilmiştir. Temel haklar şartı, halihazırda hukuki bağlayıcılığı olmasa da Lizbon Andlaşmasında hukuken bağlayıcı hale getirilmektedir. Bu Andlaşmanın yürürlüğe girmesiyle Avrupa Birliği nihayet bağlayıcı bir temel haklar kataloğu elde edecektir. Bununla, her şeyden önce Avrupa Birliği dahilinde temel hak koruması daha kuvvetli şekilde güvence altına alınmış olacaktır.

7. İçtihat Hukuk Geliştirilmesinin Sınırları

Birlik Mahkemelerinin hukuku geliştirme yetkisi hiçbir şekilde sınırsız değildir. Aksine içtihat hukuk geliştirilmesine konulan sınırlar öteden beri tartışılmalıdır. Bu sınırlar, ikincilik ilkesinde olduğu gibi doğrudan sınırlı bireysel yetkilendirme prensibinden çıkartılmalıdır⁷⁶. Fakat hukuku geliştirme ile hukuk yaratma arasındaki sınır çizgisi oldukça akıcıdır.

Avrupa Birliği hukukunun geliştirilmesinin sınırları, yargı kararlarının kabul edilebilirliğinde olduğu gibi anayasa koyucunun

75) Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Adalet Divanının temel haklar içtihadını genel olarak kabul etmiş olup, temel hakların korunmasını Adalet Divanı ile bir işbirliği ilişkisinde pratize edeceğini belirtmiştir. Bu işbirliği ilişkisinde Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Adalet Divanına Birlik tasarruflarının temel haklar yönünden denetlenmesini bırakırken, vazgeçilemez temel haklar standardının terk edilmemesi için endişeyi taşımak istemektedir. Fakat Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu suretle Birlik tasarruflarının temel haklar açısından denetlenmesi görev alanından neredeyse tüm olarak geri çekilmiştir.

76) Haratsch/Koenig/Pechstein, age., S. 161, Rn. 407.

içerik verilerinde görülmektedir. Nitekim, Birlik mahkemelerinin yetkileri bazı alanlarda çok açık bir şekilde sınırlandırılmıştır⁷⁷. Avrupa Birliği alanı dışında kalan üye devletler arasındaki anlaşmalar, üye devletlerin üçüncü devletler ile yaptıkları sözleşmeler ve Avrupa Birliği organlarının bağlayıcı olmayan tavsiyeleri ve görüşleri yargının yetki alanına girmez. Ulusal hukuk da kural olarak Avrupa Birliği mahkemelerinin yetkisinin kapsamı içinde değildir⁷⁸.

Adalet Divanı, yasama organının andlaşma normlarını uygulamaya konulmasındaki özgürlüğünü ve Andlaşmanın temelinde bulunan genel hukuk ilkelerini dikkate alan yargı kısıntısının işlevsel hukuki şartına uygunluğunu birçok kararında vurgulamıştır. Andlaşma ile oluşturulan yasama organlarının bu düzenleme serbestisinin yanında bizzat sözleşme tarafı olarak üye devletlerin düzenleme yetkilerinin de dikkate alınması zorunludur.

77) Avrupa Topluluğu Andlaşmasının 220. maddesi gereğince bu Andlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasında hukukun korunması Adalet Divanının sorumluluğunda bulunurken, hükümetlerarası işbirliği alanlarda sadece sınırlı bir kapsamda yargılamaya görevlendirilmektedir. Bu nedenle, muhtemel bir hukuki ihtilafa Adalet Divanının yetkisinin saptanmasında bazen zorluklar çıkabilmektedir.

78) Adalet Divanı, ulusal hukuku ilgilendiren yorum ve geçerlilik sorularının aydınlatılmasına ilişkin hiçbir yetkiye sahip değildir. Mamafih Adalet Divanı, ulusal hukukun yorumu sorularında ulusal mahkemelerin ulusal hukukları üzerinde yaptıkları yoruma bağlı olup, ulusal hukukun uygulanmasına katılmaz. Çünkü bu münhasır olarak ulusal resmi makamların ve mahkemelerin görevidir. Bu anılan ilke, sınırsız şekilde ve ayrıca ulusal hukukun geçerliliği Birlik hukuku ile bağdaşmazlığına dayanarak tartışmaya konulsa dahi geçerlidir. Bkz. Krück, Hans, in: Groeben, Hans von der (Hrsg.) *Kommentar zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, "Art. 164", Rn. 61. Bununla birlikte, bu bağlamda Birlik hukukunu ilgilendiren ihtilaf konuları bakımından hüküm kurmaya, ön karar davası suretiyle Adalet Divanının katılımı temin edilmiştir.

Adalet Divanı ile ulusal mahkemeler arasında yetki sınırlandırılması, ilgili hukuki tasarrufu çıkaran egemenlik taşıyıcısının şekli olarak vasıflandırılmasına göre belirlenir. Bu, ulusal egemenlik gücünün bir taşıyıcısı ise, o zaman onun yargısal incelenmesine tek başına ulusal mahkemeler (ve özellikle de ulusal anayasa mahkemesi) yetkilidir. Buna karşılık, Avrupa düzeyinde bir egemenlik taşıyıcısı davranışta bulunmuşsa, o takdirde hukuki korunma yoluna yalnızca Birlik mahkemeleri önünde başvurulabilir. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Birlik organlarının tüzüklerine karşı birçok Alman firması tarafından yapılan anayasa şikayetlerini usulsüz olduğu gerekçesiyle geri çevirmiştir. Çünkü Alman Anayasa Mahkemesi, anayasa şikayetlerinde yalnızca (ulusal) kamu gücünü Temel Yasa kapsamında kontrol edebilir. Halbuki Birlik organları tarafından çıkarılan hukuki tasarruflar, burada konulan şekli ölçüt nedeniyle Alman kamu gücünün tasarruflarına dahil edilemez. Bkz. BVerfGE 22, 293, 297; BVerfGE 58, 1, 26. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin ayrıca açıkladığı gibi, geçici olarak mevcut bir hukuk politikası ihtiyacı kendi yetkilerini genişletemez; çünkü bu durum, ulusal yargı ile Birlik yargısı arasında sınırın bulunmasının sulandırılmasına neden olabilir. Bkz. BVerfGE 22, 293, 298. Bu çıkış noktasından öte Maastricht kararında (BVerfGE 89, 155, 188) konuşulan Birliğin yetkiyi aşan hukuki tasarruflar için inceleme çekincesi tutarlı gözükmez. İnceleme yetkilerini karışması nedeniyle reddedilmelidir. Eleştiriler için bkz. Hirsch, Günter, "Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht: Kooperation oder Konfrontation?", NJW 1996, S. 2459.

Şayet Adalet Divanı hukuku geliştiren bir karar vermeyi düşünürse, şeffaflık yararına açık kılması gereken aşağıdaki yapısal ana kurallara riayet etmesi gerekir:

Boşluk doldurucu (şekilde) hukuk geliştirilmesi, Birlik hukuk düzeninde plan ve sisteme aykırı eksiklikler çıktığında yalnızca caiz değil, hatta emredilmiş olabilmektedir. İçtihat hukuk geliştirilmesi suretiyle boşlukların doldurulması metodundaki ana sorun, somut olayda çok basit şekilde bulunamayan boşlukların tespitinde oluşmaktadır⁷⁹. Şayet bir boşluk tespit edilirse Birlik mahkemeleri, boşlukların doldurulmasının hukuki dayanaklarını sonradan uygulanabilir şekilde tarif etmek zorundadırlar. O halde, bir hukuk geliştirilmesi durumunda karar gerekçesi için daha ağır koşullar geçerli olmaktadır. Amaç, hukuk geliştirmesi saikinin dışarıya karşı daha şeffaf ve uygulanabilir olarak açıklanmasıdır.

Yasa temsilcisi içtihat hukuku (praeter legem), yalnızca istisnai durumlarda yaratılabilir. Bu bakımdan meşruluk, Birlik mahkemelerinin görevden kaçınma yasağını içeren adaleti sağlama-ya ilişkin genel yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, Birlik yasama organının kendiliğinden hareketsiz kalması, Birlik mahkemelerine doğrudan yetki sağlamaz. Aksine bunun için belirli bir acilliğin çıkması gerekir⁸⁰.

Yasayı düzelten içtihat hukukunun (contra legem) yaratılması caiz değildir⁸¹. Modern anayasa devletinde hukuk koyma kuvvetler ayrılığı prensibi nedeniyle ilk sırada halkın temsilcilerinde bulunur. İçtihat hukuku, yargının hukuka ve yasaya bağlılığına uygun şekilde objektif hukuki temellere bağlanmalıdır. Buna göre, hiçbir yargı kararı hukuka aykırı şekilde alınamaz⁸². Bu sınır bilhassa kural koyucunun bilinçli olarak bıraktığı boşlukları ilgilendirir⁸³. Böyle durumlar, Birlik bağlamında sonraki bir düzenlemeye saklı tutulmak için söz konusu olmaktadır.

79) Calliess, age., S. 16.

80) Calliess, age., S. 17; krş. Stein, age., S. 619, 629; Ossenbühl, Fritz, "Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat", Bouvier Verlag, Bonn, 1988, S. 19.

81) Calliess, age., S. 17.

82) Ibid.

83) Ibid.; Ossenbühl, age., S. 18.

Bu bağlamda, özellikle Birlik bağlamında içtihat hukukunun yasa koyucu tarafından düzeltilmesinin üye devletler bağlamındaki gibi çok basit olmadığının vurgulanması gerekir⁸⁴. Bir yandan Adalet Divanının üzerinde bir mahkeme bulunmamaktadır ve diğer yandan Birlik bağlamında, uluslararası hukukta kabul edilmiş olduğu gibi bir kuralın uygulanmaması mevzu bahis değildir⁸⁵. İçtihat hukukunun müktesebatın belirlenmesine önemli ölçüde iştirak ettiği için, gerektiğinde küçük değişiklikler mümkün gözükmektedir.

İçtihat hukukunun kuşkusuz çok zor tanımlanabilen kesin bir sınırı, Birliğin yasama organına devredilmiş olan siyasi düzenleme alanından çıkmaktadır⁸⁶. Meşru içtihat hukukunun politika ve sosyal düzenleme söz konusu olduğunda sınırını bulduğu konusunda uzlaşısı vardır⁸⁷. Zira siyasi şekil verme görevi ve bunun içinde hukuk koyma görevi, Avrupa Parlamentosu ile işbirliği içinde Konsey ve Komisyona verilmiştir. Bu nedenle Birlik mahkemeleri, yargısal faaliyetlerini yerine getirirken bu organlar karşısında siyasi şekil verme alanında geri durmak zorundadırlar. Fakat Birlik mahkemeleri, yasama organının düzenleme serbestliğinin ilkesel tanınmasına karşın gerektiğinde yasama ile görevlendirilen organların andlaşmaya aykırı şekilde hareketsizliklerini tespit edebilirler⁸⁸. Ayrıca, ileri açılımı ve somutlaşmayı yaşayan⁸⁹ Birlik hukukunun dinamik karakteri nedeniyle andlaşma amaçlarının etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi bakımından onun daha da geliştirilmesi özel bir şekilde kendi görev alanında bulunmaktadır. Bu nedenle, Birlik mahkemelerinin düzen-

84) Calliess, *age.*, S. 17; bunun için bkz. ayrıca Hummer/Obwexer, *age.*, S. 295, 300. Bunun nasıl zor olduğunu, Adalet Divanının Barber kararı üzerinde yapılan tartışmalar ve buna reaksiyon gösteren ve Maastricht Andlaşmasına iliştirilen Barber Protokolü göstermiştir. Ancak içtihat hukuku ile yerleşen Birlik hukuku normlarının doğrudan uygulanabilirliği, andlaşmanın değiştirilmesi yoluyla kaldırılması son derece sorunlu gözükmektedir. Burada, Komisyon'un (kısa süreli olsa bile) kendi inisiyatifinde Adalet Divanının içtihadına yönelmesinin, bir kez oluşturulan içtihat hukukunun yasa koyucu tarafından düzeltilmesini ilaveten zorlaştırdığının eklenmesi gerekmektedir. Bkz. Stein, *age.*, S. 619, 637 vd.

85) Calliess, *age.*, S. 17, 18.

86) Bunun için bkz. Ukrow, *age.*, S. 152 vd.

87) Bunun için bkz. Ipsen, *age.*, S. 34 vd.

88) Krş. Rs. 13/83, Parlamento/Konsey, Slg. 1985, 1513.

89) Pernice, Ingol, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 164, Rn. 9.

leme boşluklarını doldurma ve hukuku geliştirme yetkisi tartışma götürmez⁹⁰.

Öte yandan, bu bağlamda sanayileşmiş modern devlette resmi eylemlerin bazen büyük bir karmaşık yapıyı sergilediğine ve bunun sonuncunda geleneksel maddi olay ve hukuki sonuç şeklinde tümüyle önceden yapılabilmesi hususunda tereddütler vardır. Bu nedenle, esnekliğin korunması için genel hükümler, muğlâk kavramlar ve ilkesel ve tartıcı formüller gereklidir⁹¹. O halde, uygulanması gerekli olan bir hükmün belirliliği ile yargıcın hukuku geliştirme yetkisi arasında açık bir ilişki bulunmaktadır⁹². Nitekim muğlâk kavramların ve genel hükümlerin somutlaştırılmasının yargı tarafından yerine getirilen bir görev olduğu Avrupa'da genel kabul görmüştür⁹³.

Avrupa Birliği mahkemelerinin ve özellikle de Adalet Divanı'nın anayasa mahkemesi işlevleri de vardır. Anayasal normların yorumu için alışıla gelmiş yazılı kuralların yorumundan farklı ilkeler geçerlidir. Çünkü anayasal normlar, genel ve belirsiz formüle edilmeleri yüzünden zaruri olarak daha büyük bir değerlendirme alanını gerektirirler. Bu nedenle, sistematik yorumun uygulanması açısından anayasal sistemin bütünlüğüne büyük önem gelmektedir. Bu durum, Avrupa Birliği mahkemeleri tarafından kurucu andlaşma normlarının yorumlanması ve onlarla bağlanan hukuk geliştirilmesi için de aynen geçerlidir.

Fakat Birlik mahkemelerinin hukuku geliştirmesi, ilk defa Birliğin andlaşmalardaki temel yapısının arka planında yorum ve uygulamanın kabul edilebilir bir sonuç verebilecek durumda olmadığından uygulamaya gelebilir. Dolayısıyla hukuku geliştirme yetkisi, yalnızca Avrupa Birliği mahkemelerinin Birlik sistemindeki işlevine uygun olarak, henüz ortaya çıkış aşamasında anlaşılan genç Birlik hukukunun muğlâk kurallarını münferit yetkilerde somut olarak konulan çerçeve içinde hukukun genel geçerli kurallarına göre yönlendirmeye ve bu anlamda geliştirmeye görev-

90) BVerfG 75, 223, 243; Everling, Ulrich, in: Grewe, Wilhelm G. (Hrsg. u.a.) FS Hans Kutscher, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1981, S. 183; Pernice, Art. 164, Rn. 11.

91) Calliess, age., S. 17, 18.

92) Bkz. Ipsen, age., S. 64.

93) Pernice, EuR 1996, S. 27, 33 vd.; Everling, JZ 2000, S. 217, 220.

li kılındığı sürece mevcuttur. Burada yorumun konusu andlaşma metninin kendisidir, fakat metinden çözülmüş soyut taraf istemleri değildir; çünkü akit taraflar yalnızca onaylanan andlaşma metninin geçerliliğine bağlanmak istemektedirler. Ayrıca, değişik münferit yetkilendirme normlarında Avrupa Birliği mahkemelerine sadece sınırlı yetkiler verilmiş olduğu gerçeği, Adalet Divanının, kendisine teslim edilen hukukun hükme bağlanmasında andlaşma ihtilaflarının halledilmesine sınırlandığını ve en yüksek Avrupa hukuk mercii olarak görev yapamayacağını haklı kılmaktadır⁹⁴. Avrupa Birliği yargısında nihai amaca yönelen hukuku geliştirme süreci, yani hukuk bulma söz konusudur. Amerikan Federal Yüksek Mahkemeye (Supreme Courta) tümüyle farklı koşullarda verilen yargısal bir aktivizm, Adalet Divanının rolüne uymaz. Zira Adalet Divanı ve diğer Birlik mahkemeleri, kısmen kendilerince bulunmak zorunda olan hukukun ölçütlerine göre karar verirler. Görevleri, verdikleri kararlarının siyasi etkileri olsa dahi siyasi organlar gibi aktif olarak şekillendirmeye hareket edilmesinin içinde oluşmaz.

Aksine Birlik mahkemeleri, bu bağlamda Birlik yasama organına nispeten geniş bir takdir alanı vermekte ve onu Roma geleneğine uygun şekilde çekingeng kontrol etmektedirler⁹⁵. Bunun sonucu olarak Birlik yasama organı, karmaşık ekonomik olayla-

94) Adalet Divanının rolünü gözden geçirmeye hazır olduğuna ilişkin bir bilgi, Adalet Divanı Başkanı tarafından İstikrar Paktına ilişkin Adalet Divanında görülen dava (13.07.2004 tarihli karar, Rs. C-27/04) vesilesiyle 14 Ocak 2005 tarihinde Alman Frankfurter Allgemein Gazetesine verilen bir mülakattan çıkarılabilir. Başkan, Adalet Divanının bütünlüğünün motoru olarak görülmesini kabul etmediğini, çünkü mahkemenin hukukun temelinde karar verdiğini ve bu anlamda asla motor olamayacağını ifade etmiştir. Naklen Calliess, age., S. 24, Fn. 128.

95) Everling, Ulrich, "Die Kontrolle des Gemeinschaftsgesetzgebers durch die Europaeischen Gerichte", in: Lenz, Carl Otto (Hrsg. u.a.), FS Jürgen Gündisch, Heymann, Köln, 1999 89 vd. Adalet Divanı, bu bağlamdaki hukuki denetimde, resmi makama hata veya takdir yetkisinin kötüye kullanılmasının gözden kaçırılmış olup olmadığı veya takdir yetkilerinin sınırlarını aşılmış olup olmadığı incelenmesine sınırlanmaktadır. Bkz. Adalet Divanı, Rs. 136/77, Slg. 1978, 1245, Rn. 4; Roquette kararı, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333, Rn. 25. Adalet Divanı, bir ikincil hukuk düzenlemesini eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz gördüğünde, bu hukuka aykırılığı söz konusu düzenlemeyi tamamen veya kısmen iptal ederek gidermez. Daha ziyade, bu bağdaşmazlığın giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasının Birliğin yetkili organlarının görevi olduğunu tespit etmektedir. Bkz. Adalet Divanı, Ruckduschel kararı, verb. Rs. 117/76 ve 16/77, Slg. 1977, 1753, Rn. 13. Bu durum, eşit muameleyi yaratmaya ilişkin birden çok imkanın mevcut olduğunda ve bunlar arasında seçim için önemli olan ekonomik ve siyasal açılar değerlendirilmesinin organların görevi içinde olduğunda daha belirginleşmektedir. Bkz. Ruckduschel kararına, Rn. 13. Nihayet Adalet Divanı, yargısal hukuk geliştirme yoluyla Topluluğun AİHS sistemine girme yetkisinin kabulünü de harici durum olarak görmüştür. Bkz. Adalet Divanı, 2/94 sayılı Danışma Görüşü, Slg. 1996, I-1759.

rın değerlendirilmesinde geniş bir takdir alanına sahip olmuştur⁹⁶. Avrupa Parlamentosunun hukukun konulmasında ortak yetkiye sahip olmasından sonra eğilimin daha da büyüdüğü görülmektedir⁹⁷. Çünkü yargıçların birçoğuna, ülkelerinin geleneklerine göre parlamentonun egemenliğine yargısal müdahaleler ölçüsüz gözükmemektedir⁹⁸. O halde, Birlik mahkemelerinin bu bakımdan ulusal mahkemelerden farklı olarak yargı kısıntısına gitmesinin talep edilmesi gerekmez, aksine onların Birlik yasa koyucusunun etkin kontrolüne cesaretlendirilmesi gerekir⁹⁹. Avrupa Birliğinde yargısal hukuk geliştirme sorunu ilk sırada üye devletler ilişkisinde mevcuttur¹⁰⁰.

Nitekim Adalet Divanı, bütünleşmenin ulaştığı düzey karşısında kendi anlayışını yeniden düşünmüş ve Birlik ile üye devletler arasında yetkilerin karşılıklı saygı gösterilmesinin koruyucusu da olmaya çalışmıştır. Yatay ilişkide Birlik organları arasında kurumsal dengenin korunması için geliştirmiş olduğu anayasa mahkemesi rolünü bu dikey ilişkiye de uygulamıştır. Adalet Divanının, Birlik içinde her dikey hukuk geliştirilmesi (veya her aşırı yorum) işleminin karakterinde üye devletlerin yetkilerinin sınırlandırılması durumunun ortaya çıkmasının tam arka planında hukuku geliştiren (ve özellikle de hukuku yaratıcı) yargısının yalnızca diğer Birlik organlarının benimsemesini değil, üye devletlerde de kabul edilmesinin gerekli olduğunun bilincinde olduğu gözükmemektedir¹⁰¹. Bu bakımdan Adalet Divanı, öğretide gösterildiği gibi bazen tahmin edilmiş olduğundan daha hassastır. Birliğin yetkilerini artık dar yorumlamaya da başlamıştır¹⁰².

Bazen öğretide şiddetli eleştirilere yol açan ve bazen de üye devletlerin yüksek mahkemelerini karşı koymaya kışkırtan kimi kararlarında kısmen aşırıya giden hukuk geliştirilmesine kar-

96) Adalet Divanı, CNTA/Komisyon kararı, Rs. 74/74, Slg. 1975, 533, Rn. 19/23; Rs. 136/77, Racke/Hauptzollamt Mainz, Slg. 1978, 1245, Rn. 4.

97) Everling, JZ 2000, S. 225.

98) Everling, "Die Kontrolle des Gemeinschaftsgesetzgebers durch die Europaeischen Gerichte", S. 89.

99) Everling, JZ 2000, S. 225.

100) Ibid.

101) Calliess, age., S. 20; Hummer/Obwexer, age., S. 295, 300.

102) Calliess, age., S. 20; Everling, JZ 2000, S. 217, 226; Borchardt, age., S. 41.

şın¹⁰³, zaman içerisinde içtihatları için dikkati çeken bir kabul edilebilirlik gelişmiştir¹⁰⁴. Hatta Adalet Divanının hukuku geliştirme faaliyetleri çoğu ülkede dikkat bile çekmemektedir¹⁰⁵.

Sonuç olarak, içtihat yoluyla hukuk geliştirilmesi Avrupa bağlamında yalnızca aşağıdaki koşullar altında kabul edilebilmesi gerektiği tespit edilebilir¹⁰⁶: Birlik hukuk düzeninin gerçek, yani gerek plana gerekse objektif sisteme aykırı boşlukların doldurulması söz konusu olmalıdır; böylece burada boşluk doldurmanın ne anayasa koyucusu tarafından ne de ikincil hukukun konulması için görevlendirilmiş Birlik organları tarafından makul zamanda doldurulması beklenmelidir. Bunun dışında, boşluğun doldurulmasının herhangi bir hukuki alternatifinin bulunmaması gerekir. Hukuku geliştiren yargı içtihadının önemli hukuk ve hukuku

103) Sınır aşmaların somut olayda mevcut olup olmadığı tartışma götürülebilir de, Adalet Divanının Barber (Rs. C-262/88, Slg. 1990, I-1889) ve Grzelczyk (Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193) kararları endişe yaratmıştır. Barber olayında, üye devletler Barber Protokolü ile açık şekilde Adalet Divanının içtihadını düzeltmişlerdir. Adalet Divanının, Yükseköğretim Öğrencisi Yönergesi'ne karşın Avrupa Topluluğu Andlaşmasının 18. maddesine göre Birlik yurttaşlığı bağlamında Avrupa Topluluğu Andlaşmasının 12. maddesine dayanarak bir öğrenciyi bir geçiş dönemi için sosyal yardım verilmesini hükme bağladığı Grzelczyk olayın da ise, birçok açıdan eleştiriler yapılmıştır. Olay, bunun ötesinde üye devletleri Nis Andlaşmasında 18. maddenin tamamlanması için üçüncü bir fıkra koymaya itmiş olduğu ve bunun sonucunda sosyal güvenlik veya sosyal güvence hükümlerinin artık 18. maddenin 2. fıkrasının temelinden çıkarılamayacağı gözükmektedir. Burada, Adalet Divanı tarafından geliştirilen Birlik yurttaşlığı ve sosyal yardımları talep etme arasındaki bağlantının ayrılmasına bir girişimin olduğu görülmektedir. Bkz. Dazou, age., S. 184; ayrıntılı şekilde bkz. Martínez Soria, José, "Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen", JZ 2002, S. 643 vd.

104) Bkz. Calliess, age., S. 20; Pernice, EuR 1996, S. 27, 35. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Maastricht kararındaki görüşüne göre yargı, görevini anayasal hukuk düzeni içerisinde bulunan, fakat yazılı metinlerde ya hiç ya da tam olarak ifadesini bulamamış değer düşünceleriyle ifade etmek, iradilik unsurlarının da eksik olmadığı değerlendirici bir hüküm verme işleminde işi getirmek ve kararlarda gerçekleştirmek zorundadır. Bunun sonucu olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Adalet Divanının hukuku geliştirme yetkisini kabul etmiştir. Bununla birlikte, yaratıcı hukuk yetkilerinin aşırı şekilde kullanılmamasına uyarılmıştır. Böylece, Adalet Divanının hukuku geliştirme yetkisinin yerine getirilmesi biçimi konusunun nasıl olacağı açıklanmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, burada AB Andlaşmasında belirtilen sınırlı devredilen egemenlik yetkilerinin kullanılması ile andlaşma değişikliği arasındaki ayrıma vurgu yapmakta ve yetki normlarının Birlik organları tarafından kullanılmasının bir andlaşma değişikliği anlamına geleceği sonucunu çıkartmaktadır. Adalet Divanının hukuku geliştirme yetkisini sınırlandıran bu yaklaşım ne kadar doğruysa, böyle bir yetki aşımın Almanya için hiç bir bağlayıcı etki göstermeyeceğine bağlanan sonuç da o kadar sorun yaratmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı genel ölçüde eleştirisel karşılanmıştır. Çünkü yalnızca kurucu andlaşmaların bütünleşme yaklaşımlarının geçerliliklerini açıkça sınırlamakla kalmayıp, aynı zamanda buna ilişkin nihai karar verme yetkisini Birlik hukukunun bütünlüğü için tehlikeli bir belirsiz bölgeye getirmektedir. Burada Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından uğraş verilen Adalet Divanı ile işbirliği, bu bağlamda daha ziyade Adalet Divanının kararlarını kontrol etme yetkisinin kullanılmasının örtülmesi olarak çıktığı eleştirileri yapılmaktadır.

105) Calliess, age., S. 20.

106) Bunun için bkz. Calliess, age., S. 21.

idrak kaynakları bakımından sonradan uygulanabilir şekilde izah edilmeli ve özel olarak gerekçelendirilmelidir. Bu bağlamda hukukun geliştirilmesi yorum ve uygulanma alanına yerleştiren Fransız hukukuna kuvvetli şekilde yönelen Adalet Divanı, şimdiye kadar şeffaf bir metod sunmamıştır. Bu, hukukun geliştirilmesinin sınırlarının belirlenmesini aynı şekilde zorlaştırmaktadır.

Genel olarak talep edilen yargı kısıntısı (yargıcın çekinmesi), kuşkusuz önerilmiştir, fakat genel geçerli bir çözüm değildir. Birlik mahkemeleri, hukuk barışını güvence altına alma görevini kendisine başvurulduğunda çekinemez ve bu esnada yöneltilen sorulardan kaçınmaz. Fakat Avrupa Birliğinde güç dengesi duryarlılığıyla karar vermek zorundadır. Gelişme durumu karşısında artık merkezi gücün kuvvetlendirilmesi söz konusu olamaz. Tam tersine, Birliğin federal devletten farklı olarak varlığının güvence altına alınması görevini her zaman birincil isteyen çok dereceli siyasi sisteminin karar alma düzeyleri arasında ölçülü yetki dağılımına katkı sağlamak zorundadır. Andlaşmada demirlenen Birlik aktivitelerinin ikincilliği ilkesi burada yönlendirme sağlayabilir.

Sonuç

İçtihat hukuku öteden beri Avrupa hukuk kültürünün parçasıdır. Bu nedenle, Avrupa Birliği Mahkemelerinin ve özellikle Adalet Divanının hukuku geliştirme yetkileri genel olarak kabul görmektedir. Bunun sonucu olarak Avrupa Birliği mahkemeleri, sınırlı şekilde tanınan münferit yetkileri dinamik, yani genişletici şekilde yorumlamak suretiyle Avrupa Birliği hukukunun geliştirilmesine katkı sağlamaktadırlar. Nitekim Adalet Divanının her kesimden övülen en büyük başarısı, Birlik hukukunda temel hakların ve hukuk devleti ilkelerinin kabul ettirilmesi olmuştur. Ne var ki hukukun uygulanması ve yorumlanması ile kazanılan genel hukuk ilkeleri anlayışı, her halükarda işlevsel bir hukuk koymadır. Dolayısıyla Adalet Divanı, Avrupa Birliği dahilinde aynı zamanda işlevsel bir yasama organı olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. Adalet Divanı, bu işlevine rağmen yasama organı şeklinde içtihat vermez. Bununla birlikte, bazı kararlarıyla bu sınıra varmış ve hatta geçmiş olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle, içtihatlarına önemli itirazlar yapılmaktadır.

107) Haratsch/Koenig/Pechstein, *age.*, S. 161, Rn. 407.

Birlik mahkemelerinin hukuk geliştirmesine ilişkin düşünceler, sonuç itibarıyla Avrupa Birliği'nin anlamı, yapısı, geleceği ve sınırları sorusuyla ilişkilidir. Avrupa bütünleşmesinin başlangıcında söz konusu olan itici etkenler önemini hâlâ korumaktadır. Ayrıca, modern dünyanın sorunlarını ortaklaşa çözme gerekliliği de gittikçe öne çıkmaya başlamıştır. Bunun için her üye devlet, menfaatlerinden, alışkanlıklarından ve hoşlanmalarından vazgeçmeye ve diğer üye devletlerin düşünceleriyle uyumlu olmaya hazır olmak zorundadır. Avrupa Birliği mahkemelerinin ulusüstü yargısı, bu gerekliliğin bir ifadesidir. Yalnızca Birliğin normları değil, aynı zamanda özellikle çok hızlı gelişen küresel politika ve iktisadi bütünleşme yüzünden de hukuk devleti ilkelerinin muhafaza edilmesi ve vatandaşın korunması sorumluluğu gittikçe devlet üstü alana geçmektedir. Bu koşullar altında siyasette, hukuk biliminde, mahkemelerde ve hukuk uygulamasındaki sorumluların, yargıya ağır görevinde destek vermesi ve ona gerekli faaliyet alanını tanıması ve böylece onun hukukun korunmasını güvence altına alma sorumluluğunu yerine getirmesi için nedenleri vardır¹⁰⁸.

108) Bu şekilde Everling, JZ 2000, S. 227.

YARGI KARARLARI

AIHM Bölümü

Kushoğlu v. Bulgaristan Davası

Karar Özeti*

■ Utku KILINÇ**

Başvuru No: 48191/99

10 Mayıs 2007

Dava Konusu Olayların Özeti

1. Başvurucular, Bayan Ayten Kushoglu (diğer adı Ayten Zeynal Ali) ve Bay Mehmed Kushoglu (Mehmed Sali Ali), Bulgaristan ve Türk vatandaşlarıdır, sırasıyla 1958 ve 1956 doğumludurlar ve Malkara, Türkiye’de ikamet etmektedirler.

2. Başvurucular, Bulgaristan’da doğmuşlardır ve içlerinde kendilerinin de bulunduğu on binlerce Türk’ün komünist rejim tarafından göçe zorlandığı 1989 yılına kadar Bulgaristan’da yaşamışlardır.

3. Başvurucular, Bulgaristan’ı terk etmeden önce, 24 Temmuz 1989 yılında kendilerine ait olan iki katlı evi yerel idareye satmışlardır. Başvurucuların göç ettiği dönemdeki hukuk gereği, gayrimenkul satmak isteyen kişiler bunu ancak yerel idarenin aracılığı ile yapmak durumundaydılar. Yerel idare uzmanı tarafından başvurucuların gayrimenkulüne biçilen değer 19.288 Bul-

(*) ÇN: Orijinal metinden özetlenerek çevrilmiştir.

(**) Çeviren, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Müdürü

garistan Levası'dır. Başvurucular, tespit edilen bu miktarı almışlardır.

4. 1990 yılında, yerel idare, gayrimenkulü Bayan A. ve Bay N.'ye 21.376 Bulgar Levası bedelden satmıştır.

5. 1991 yılında, başvurucular Dulovo yerel idaresine karşı 1989 yılında yapılan alım satım işleminin ivedi bir zorunluluk hali içinde ve olumsuz koşullar altında yapıldığı gerekçesi ile işlemin hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle hükümsüz ilan edilip iptal istemi ile dava açmışlardır.

6. 1993 yılında, başvurucular Bayan A. ve Bay N.'ye karşı, 1990 tarihli Dulovo yerel idaresi ile aralarında yapmış oldukları sözleşmenin iptali istemli başka bir dava daha açmışlardır. Başvurucular bu davalarında, mahkemeden davalı tarafın uyuşmazlık konusu olan evin mülkiyetini kendilerine devir etmesi kararı vermesini talep etmişlerdir. Her iki dava da, 1993 yılında birleştirilmiştir.

7. 2 Mart 1994'de Dulovo Mahkemesi kararını vermiştir. Yerel Mahkeme, başvurucuların taleplerini 1 yıllık hak düşürücü süre nedeni ile usul açısından ve 1989 ve 1990 alım satımlarına ilişkin itirazlarını da esastan reddetmiştir.

8. Başvurucular 1994 yılında Silistra Bölge Mahkemesi'ne kararın incelenmesi talebinde bulunmuşlar, Bölge Mahkemesi yerel mahkeme kararını onamış bunun üzerine başvurucular Temyiz Mahkemesi'ne müracaat etmişlerdir.

9. 1995'de Temyiz Mahkemesi, yerel mahkeme kararını bozmuş ve başvurucular ve yerel idare arasındaki 1989 yılında yapılan alım satım işleminin gerekli imza yetkisine sahip olmayan bir kişi tarafından yapıldığı gerekçesi ile yapılan işlemin hükümsüz olduğuna karar vermiştir.

10. Temyiz Mahkemesi, başvurucuların yerel idare tarafından gayrimenkullerinin üçüncü kişilere satışı konusundaki hükümsüzlük iddialarına ilişkin olarak da, yerel mahkemelerin konuyla ilintili tüm etkenleri gözden geçirmedikleri gerekçesi ile dosyayı yeniden incelemeleri için geri göndermiştir. Temyiz mahkemesi ayrıca başvurucuların istihkak iddialarının 1990 tarihli sözleşmenin geçerliliği değerlendirilerek incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

11. 9 Nisan 1995 yılında, davayı yeniden inceleyen Silistra

Bölge Mahkemesi 1990 tarihli üçüncü kişilere satış sözleşmesinin geçerli olduğuna karar vermiştir. Bölge mahkemesi şu tespiti yaparak başvuruçuların istihkak iddialarını reddetmiştir:

“Temyiz mahkemesi tarafından verilen bağlayıcı talimatlar, istihkak iddialarının sözleşmenin geçerliliğine bağlı olduğunu işaret eder niteliktedir. 1990 yılında yapılan sözleşmede herhangi bir eksiklik yoktur ve bu nedenle Bayan A. ve Bay N. uyuşmazlık konusu mülkün sahibi konumundadırlar. İstihkak iddiasının sonuç alabilmesi için davalı tarafın ilgili gayrimenkule geçersiz bir yöntemle sahip olduğunun ispatlanması gereklidir, mevcut davada Bayan A. ve Bay N. ile yerel idare arasında geçerli bir sözleşmenin mevcut olması nedeni ile temelsiz bir kazanım söz konusu değildir.”

12. Başvuruçular, bölge mahkemesinin bu kararını temyiz etmişlerdir.

13. Temyiz Mahkemesi, 8 Şubat 1996’da bölge mahkemesinin kararının usul ve esas açısından yerinde olduğunu belirterek başvuruçuların taleplerini reddetmiştir.

14. 1996 yılında başvuruçular, Dulovo ve diğer yerlerdeki makamlara konuya ilişkin şikayetlerini iletmışlerdir.

15. 15 Nisan 1998’de başvuruçular Bayan A., Bay N. ve Dulovo yerel idaresine karşı yeni bir istihkak davası açmışlardır. Bu davada, 1990 yılında Bayan A. ve Bay N. ile yerel idare arasından yapılan sözleşmenin geçersizliğini iddia etmemişler ve fakat mülkiyet hukuku gereği mülkiyetin kazanımının sadece mülk sahibi ile anlaşma sonucunda olabileceğine dayanarak 1990 yılındaki sözleşmenin Bayan A. ve Bay N. lehine bir aynı hak doğurmadığını iddia etmişlerdir. 1989 yılında başvuruçular ile yerel idare arasında yapılan sözleşmenin başından beri hükümsüz olması nedeni ile, Dulovo Yerel İdaresinin uyuşmazlık konusu ev üzerinde hak sahibi olamadığı bu nedenle bu mülke ilişkin tasarruflarda bulunamayacağını belirten başvuruçular, yerel mahkemelerin tazmin veya iade konusunu değerlendirmediklerini vurgulamıştır.

16. 20 Temmuz 1998’ de Dulovo Mahkemesi bu konu üzerinde yargı tarafından daha önce karar alınmış olması nedeni ile

davayı reddetmiştir. Yerel mahkeme, kararında Temyiz Mahkemesi'nin 1996 yılında vermiş olduğu karara atıfta bulunmuştur.

17. Başvurucular, daha önce alınan kararların sadece 1990 yılında yapılan sözleşmenin geçerli olup olmadığı ile sınırlı olduğunu belirterek itirazda bulunmuşlardır. Başvurucular mahkemelerin mülkün gerçek sahibinin kim olduğunu değerlendirmediklerini belirtmişler ve önceki kararların yorumlanmasının anlamsız olduğunu çünkü bu durumun temel mülkiyet hukuku ilkelere aykırı olduğunu ortaya koymuşlardır.

18. 26 Eylül 1998 tarihinde Silistra Bölge Mahkemesi kapalı oturumda başvurucuların taleplerini reddetmiş, ardından itiraz üzerine Temyiz Mahkemesi de ret kararı vermiştir:

“Önceki yargılama ve şimdiki yargılama tarafları aynıdır...Uyuşmazlık konusu her iki davada da aynı evdir...Her iki dava da iddia edilen konu, 1989 yılındaki sözleşmenin geçersizliği ve bu nedenle 1990 yılında yapılan satış işleminin de geçersiz olduğudur...”

Bu konular üzerinde karar verilmiştir ve aynı konu üzerinde ikinci kez aynı nedenlerle yargısal karar verilemez.”

19. Ağustos 1998'de, başvurucular Temyiz Mahkemesi'nin 1996 yılında almış olduğu kararın belirsiz olması nedeni ile yeniden yorumlanmasını talep etmişlerdir. Başvurucular, mahkemelerin keyfi kararları sonucunda durumun anlaşılabilir bir hal aldığına belirtmişlerdir. Başvurucular, mahkemelerin, mülkin sahibinin kim olduğunu ve bunun neden kaynaklandığını ortaya koymamış olmalarını eleştirmişlerdir.

20. 11 Haziran 1999'da, Temyiz Mahkemesi talebi reddetmiştir. Yüksek Mahkeme daha önce verilen kararlarda Bayan A. ve Bay N.'nin ilgili evin sahibi olduklarını, kararın yeterince açık olduğunu, başkaca bir açıklamanın davayı yeniden görmekle eş anlamlı olacağını belirtmiştir.

İlgili İç Hukuk Mevzuatı ve Uygulama

21. Sözleşmeler ve Yükümlükler Yasasına göre, hukuka aykırı olduğu mahkemeler tarafından belirlenmiş sözleşmeler geçersizdir ve her bir taraf edimleri çerçevesinde istihkak iddiasında bulunabilmektedir.

22. Mülkiyet Kanununa ve konuya ilişkin yargısal uygulamaya göre, eğer satıcının mülkiyet hakkına ilişkin konumu geçerlilik ifade etmiyorsa, gayrimenkulü alan ikinci kişi malik olamamaktadır. Bu tür davalarda, eğer gerçek malik bir dizi alım satım ilişkisinin ardından bile istihkak iddiasında bulunuyorsa, son alan kişinin sözleşmesi kişiye aynı bir hak sağlamadığı için geçerli bir sözleşme olmamaktadır. Yüksek mahkeme, ardı ardına bir veya iki satış ilişkisinin bulunduğu davalarda bu uygulamayı gerçekleştirmiştir ve bunun sonucunda sözleşmeleri geçerli olsa bile diğer alıcıların hiçbir mülkiyeti kazanamamıştır. Son alıcının mülkiyeti kazanabilmesi ancak mülke nizasız olarak 5 veya 10 yıl süre ile malik olması ile mümkün olabilmektedir.

23. Malikin üçüncü şahıslardan mülkün iadesini alabildiği durumlarda, diğer kişiler ödenen bedelleri talep edebilmektedirler.

24. Mülkiyet Kanunun 108. maddesi gereği, davacının istihkak iddiası iki temel unsur barındırmak durumundadır: 1) mülkiyet hakkının geçerliliği ve 2) davalının mülkü elinde tutması için hukuksal gerekçelerin bulunmaması. Geçerlilik durumu, maliklik veya mülkü kullanma hakkı gibi aynı haklara ilişkin durumları ve sözleşmeye dayanan haklar da, kiracılık veya borç nedeni ile ifaya kadar elinde tutma ve başkaca somut hakları ifade etmektedir.

25. Mayıs- Eylül 1989 tarihleri arasında Türkiye veya Başka Ükelere Giden Türk kökenli Bulgar Vatandaşlarının Gayrimenkullerinin İstirdadına İlişkin Kanun gereğince, Bulgar Türklerinin zorunlu göçü döneminde mülkleri satılan veya başkaca bir şekilde el değiştiren kişilere belirli koşullar altında iade veya tazmin olanağı vermektedir. Kanun sadece Bulgaristan'a 1 Mart 1992 tarihinden önce yerleşme amacı ile geri dönen kişilere yönelik uygulanmaktadır. Kanun medeni hukukun genel kuralları bağlamındaki diğer dava yollarına başvurulmasını hariç tutmaktadır.

Hukuk

Sözleşme'nin 1. Ek Protokolü'nün 1. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

26. Başvurucular, mülkiyet haklarını tanıyan Temyiz Mahkemesi'nin 7 Ocak 1995 tarihli kararına rağmen evlerini geri alma

haklarının ihlal edildiğinden şikayette bulunmuşlardır. Başvurucular, iade taleplerinin 1995- 1999 yılları arasındaki keyfi yargı kararları sonucu çıkan ret kararları ile ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

27. Sözleşme'nin 1. Ek Protokolü'nün 1. Maddesi şu şekildedir;

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

28. Mahkeme, mevcut iddialar karşısında ilk önce 1. Ek Protokol 1. Madde anlamında başvuru- cuların bir mülkiyete sahip olup olmadıklarını ve eğer sahip iseler, o zaman mülkiyet haklarına yönelik haksız bir müdahalenin olup olmadığını incelemek durumundadır.

Başvurucuların mülkiyet durumları

29. Bir başvuru- cu, bu madde çerçevesinde “mülkiyetinde olanlara” ilişkin aleyhindeki kararlara yönelik 1. Ek Protokolün 1. Maddesinin ihlal edildiğini iddia edebilir. “Mülkiyetinde olanlar” kavramı, mevcut mülkleri veya mülkiyet hakkının etkili bir biçimde kazanılmasına dönük en azından “meşru bir beklenti”nin olduğu ve bu beklenti- yi bu temelde ortaya koyabildiği taleplerde dahil değerleri ifade etmektedir. Bir talebin veya iddianın değer oluşturabilmesi için iç hukukta mahkemelerin içtihatlarında yerleşik bir biçimde ortaya çıkan durumlar gibi ulusal hukuk düzeyindeki yeterli dayanak noktalarına gereksinim olabilir.

30. Mahkeme, Temyiz Mahkemesinin 17 Ocak 1995 tarihli karar ile, başvuru- cuların uyuşmazlık konusu evin yerel idare tarafından 1989’da satın alınmasına ilişkin sözleşmenin geçersiz olduğunu tespit ettiğini belirlemiştir. Diğer konularda yargıla-

malar devam etmiş olmasına karşın, 1989 tarihli sözleşmeye ilişkin nihai karar 17 Ocak 1995 tarihinde verilmiştir.

31. Bulgaristan hukukunda, geçersiz bir sözleşmenin hükmü bulunmamaktadır ve bu nedenle Temyiz Mahkemesi'nin 17 Ocak 1995 tarihli kararı, yerel idare ve başvuruçular arasında mülkiyetin devrine ilişkin 1989 tarihli sözleşmenin tüm etkilerini geriye dönük olarak ortadan kaldırmıştır. Ocak 1995 kararının sonucu olarak, nihai anlamda başvuruçuların mülkü yerel idareye hiçbir zaman geçmemiştir.

32. Mahkeme, aynı zamanda, Yüksek Mahkeme'nin benzer davalarda satıcının geçersiz bir sözleşme iddiası üzerine herhangi bir alıcıdan mülkü geri talep edebildiği konusunda başka- ca uygulamaları olduğunu da tespit etmiştir.

33. Bu koşullar altında, Ocak 1995'deki kararın başvuruçuların evlerini Bayan A. ve Bay N.'den geri alınması talebinde bulunabileceklerine ilişkin durum dikkate alındığında, yerel mahkemeler tarafından yorumlandığı üzere iç hukukta yeterli dayanak bulunduğu da tespit edilmiştir.

34. Mahkemeler önceki sonraki kararlarında başvuruçuların istihkak taleplerine yönelik olumlu karar vermemiş olsalar da, mahkemeler tarafından verilen olumsuz kararların temelinde başvuruçuların malik olma durumlarını ispatlayamamış olmaları değil, Silistra Bölge Mahkemesi tarafından da belirtildiği gibi, davalı Bayan A. ve Bay N.'nin yerel idareyle geçerli bir sözleşme yapmış olmaları yer almıştır. 8 Şubat 1996 tarihli kararda davalı Bayan A. ve Bay N.'nin uyuşmazlık konusu evin maliki oldukları belirtilmiş olsa da, Mahkeme, bu tespitin olaylara ilişkin özetin bir bölümünde yapılmasının ve mahkemelerin başvuruçuların hakkında vermiş oldukları kararların bu davanın temeli olduğunu tespit etmiştir.

35. Başvuruçular mülkiyet iddialarına ilişkin her davalarında "yasal mevzuattaki makul gerekçelere" ve ilgili yasa maddelerine ve içtihatlarda ortaya çıkan ilkelere dayanmışlardır. Başvuruçular, ayrıca, yerel idarenin uyuşmazlık konusu evin maliki olmadığı konusunda kesin bir karar da çıkartmışlardır ve Bayan A. ve Bay N. aleyhindeki istihkak iddialarının da iç hukuk mevzuatı ve uygulamasında dayanakları mevcuttur.

36. Mahkeme, ocak 1995 tarihli karar itibari ile başvuruçuların Sözleşme'nin 1. Ek Protokolü'nün 1. maddesi anlamında bir

“değer” ve mülkiyete sahip olduklarını tespit etmiştir.

Bir müdahalenin olup olmadığının tespiti

37. Başvurucular, meşru bir neden olmadan yasadışı olarak mülkiyet haklarını etkilemiş olan yargısal kararların devletin sorumluluk sahasında olduğunu belirtmişlerdir.

38. Mevcut davada olduğu gibi kişiler arasındaki bu tür davalarda, 1. Ek Protokol 1. Madde, devlete mülkiyetin korunması için gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğünü getirmektedir. Devlet, uyuşmazlığa ilişkin yapılan yargılamadaki tarafların gerekli usulü güvencelerin sağlanması ve uygulanacak hukuk çerçevesinde mahkeme ve bu amaçla yetkili diğer kuruluşların etkili ve adil karar vermesini oluşturma yükümlülüğü altındadır. Bu tür davalarda, devletin mülkiyet haklarına müdahale edip etmediği sorusu, yerel mahkemelerin kararlarının keyfi olup olmadığı veya açık bir şekilde makul olmadığı sorusundan ayrılamaz bir nitelik göstermektedir.

39. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçuların iç hukukta dayanağı olmayan keyfi kararlar sonucunda mülklerini kaybettikleri yönündeki iddialarını bir bütün olarak incelemek durumundadır.

Hukuk dışılık iddiaları

40. 1. Ek Protokol’ün 1. maddesinin en önemli ve birinci gerekliliği, mülkiyetin barışçıl kullanımına yönelik olarak kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahalelerin hukuka uygun olmak durumunda olmasıdır. Hukuka uygun olma gerekliliği, Sözleşme anlamında, iç hukuktaki ilgili hükümlerle ve hukukun üstünlüğü ilkesini gerektirir.

41. İç hukukun yorumlanarak sorunların çözülmesi görevi esas olarak ulusal makamların, özelde mahkemelerin görevidir, Mahkeme’nin rolü ise bu tür bir yorumun Sözleşme’ye uygun olup olmadığını tespit etmektir. Bu nedenle, Mahkeme, iç hukuku değerlendirirken sınırlı bir yetki kullanıyor olsa da, yerel mahkemelerin açık bir biçimde hataya düştükleri veya keyfi karar verdiklerini tespit ettiğinde Sözleşme kapsamında uygun sonuçlara varmaya çalışabilir.

42. Başvurucuların ilk istihkak iddiaları, Bayan A. ve Bay N.’nin uyuşmazlık konusu evin maliki olmalarının hukuki temeli

olmadığının başvuruçular tarafından ortaya konamamasına dayanarak reddedilmiştir. Bayan A. ve Bay N.'nin yerel idare ile geçerli bir sözleşmesinin bulunduğu olgusu "meşru dayanak" olarak değerlendirilmiştir. Başvuruçuların ikinci davası ise konu hakkında daha önceden yargı kararı bulunduğu gerekçesi ile reddedilmiştir.

43. Mahkeme, yerel mahkemelerin "meşru dayanak" ve "geçerli dayanak" kavramlarına yükledikleri anlam ve her iki davada da ulaşılan sonuçların belirsizliği karşısında şaşkınlığa uğramıştır. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, her ne kadar bu durum her soruya ayrıntılı cevap verilmesi gerektiği anlamına gelmiyorsa da, mahkeme ve yargı işlevi gören kurulların kararlarına dayanak yaptıkları gerekçeler yeterince ortaya konulmalıdır.

44. İlk yargılama sürecinde(1991- 1996), Mahkeme, ilgili iç hukuk çerçevesinde, yerel mahkemelerin Bayan A. ve Bay N.'nin mülke meşru temelde ve geçerli nedene dayanarak sahip oldukları yönünde vermiş oldukları kararın, keyfiliğe yol açacak derecede belirsiz olduğunu düşünmektedir.

45. Eğer mahkemeler maliklik kavramını ima etmek istemişlerse, bu durumda kararlarının az ve öz gerekçeyi bile içermediğini belirtmek gereklidir. İlgili iç hukuk ve uygulamaya göre, bir gayrimenkulün satışının başlangıçtan itibaren hükümsüz olduğu durumlarda, daha sonraki alıcılar, sözleşmeleri geçerli olsa bile, malik sıfatını kazanamamaktadırlar, çünkü bu tür durumlarda, ikinci muamele üçüncü kişiye ait mülkün satışı anlamındadır. Ayrıca, Bayan A. ve Bay N. tarafından süreye dayalı olarak uyumsuzluk konusu evi iktisap ettiklerine dair herhangi bir iddia da ortaya atılmamıştır, çünkü nizasız olarak zilyet olma süreleri sadece 1 yıldır.

46. Tüm ortaya konulan olguların, iç hukukun ve uygulamanın aksine ve gerekçe olmadan Bayan A. ve Bay N.'nin yerel idare ile 1990 yılında yaptıkları sözleşme gereği evin maliki olduklarına ilişkin bir bulgu, savunulamaz, tamamen gerekçesiz ve açıkça Mülkiyet Kanunu ve Bulgar mahkemelerinin diğer uygulamalarına aykırılık gösteren bir tespittir.

47. Eğer maliklik kavramına hukuksal temeller yerine "meşru temel" ve "geçerli dayanak" kavramlarından elde edilen izlenim ile anlam yükleniyorsa, bu kavramların neyi işaret ettikleri-

ne ilişkin yargılama sonucunda herhangi bir belirme yapılmamış olması açıkça gerekçesizlik göstergesidir.

48. Mahkeme, ayrıca, yetkililerin başvuruculara 1998 yılında devam etmekte olan davaya uygulanacak hukuka ilişkin olarak adil ve etkili karar alınabilecek yargısal yöntemler sağlamada başarısız olduklarını tespit etmiştir.

49. Özel olarak, başvurucuların ikinci davasının reddine gerekçe olarak Bayan A. ve Bay N.'nin 1990 yılında yerel idare ile yapmış oldukları geçersiz olduğu iddia edilen sözleşme gösterilmiştir. Ancak, bu durum başvurucuların ikinci talebi ile tamamen karşılıklı içindedir, başvurucular ikinci davalarında söz konusu sözleşmenin geçerliliğini tartışmamışlardır. 1990 tarihli sözleşmenin geçerli olduğu ilk yargılama(1991- 1996) sonucunda kati bir biçimde ortaya çıkmış olması dikkate alındığında, mahkemeler ikinci yargılama sürecinin neden diğerinden farklı olmadığına ilişkin bir gerekçe ortaya koymamışlardır.

50. Sonuç olarak, Mahkeme, davalı Hükümetin ikna edici açıklamalarda bulunmadığını tespit etmiştir.

Mahkeme'nin Kararı

51. Sonuç olarak, Mahkeme, başvurucuların istihkak iddialarının reddedilmesine ilişkin hukuksal işlemlerin ve başvurucuların evlerini geri almak için başkaca herhangi bir yola başvurmalarının engellenmesinin Sözleşme'nin gerektirdiği hukuka uygunluk gereksinimini karşılamadığı ve iç hukukta belirli bir temelinin olmadığını tespit etmiştir. Bunu takiben, başvurucuların mülkiyet haklarına Sözleşme'nin 1. Ek Protokolü'nün 1. Maddesi gerekliliklere aykırı bir şekilde müdahale edildiğine karar vermiştir.

52. Müdahalenin niteliğine ilişkin olarak, Mahkeme, mevcut davanın mülkün kaybına ilişkin olmadığını belirtir, müdahale üçüncü kişilerden mülkün geri alımına ilişkin başvuruculara yardım etmek konusunda hukuka uygun olmayan kararlarla yetkililerin eksikliklerine ilişkindir.

53. Mahkeme, bu nedenle, Sözleşme'nin 1. Ek Protokol 1. maddesinin birinci cümlesinde belirtilen mülkün barışçıl kullanımı hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.

Sözleşme'nin 6. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

54. Mahkeme, başvuruçuların Sözleşme'nin 6&1 maddesi-nin yerel mahkemenin keyfi kararları ile ihlal edildiğine ilişkin şikayetlerinin 1. Ek protokol 1. madde anlamında incelemesinden kaynaklı olarak tekrar incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

Sözleşme'nin 41. Maddenin Uygulanması

55. Sözleşme'nin 41. maddesi;

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.” demektedir.

56. Başvuruçular evlerinin kendilerine geri verilmesini, eğer bu mümkün değilse güncel değerinin kendilerini ödenmesini talep etmektedirler. Başvuruçular aynı zamanda 1991 ve 1998 yılları arasında maruz kaldıkları endişe ve stres nedeni manevi tazminat verilmesini talep etmektedirler.

57. Hükümet, başvuruçuların üçüncü kişilere ait mülklerinin kurtarılması amacı ile 41. maddeye başvuramayacaklarını öne sürmüştür. Hükümet, aynı zamanda başvuruçuların gerekli koşulları sağlamaları durumunda, Türkiye veya Başkaca Ükelere Giden Türk kökenli Bulgar Vatandaşlarının Gayrimenkullerinin İstirdadına İlişkin Kanun gereğince tazmin edilebileceklerini belirtmiştir. Hükümet başvuruçuların dilekçelerinde belirli bir miktar talep etmediklerini de ayrıca vurgulamıştır.

58. Bu koşullar altında, devlet ve başvuruçuların bir anlaşmaya varmaları ihtimalini göz önünde bulundurarak, Mahkeme 41. madde anlamında karar hakkını saklı tutmaya karar vermiştir.

YARGI KARARLARI

Ceza Hukuku Bölümü

Hükümden Sonra Yürürlüğe Giren 5237 Sayılı TCK'nun Hükümleri Uyarınca Sanığın Hukuki Durumunun Yeniden Değerlendirilmesinde Zorunluluk Vardır

T.C.
YARGITAY
BİRİNCİ CEZA DAİRESİ

ESAS NO : 2005/1773
KARAR NO : 2006/572
TEBLİĞNAME : 1-B/96171

ÖZET: Sanık hakkında açılan kamu davasında TCK'nun 51/1. maddesi-nin uygulanması talep edildiği, Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki mütalaasında da suç vasfının tahrik altında yara-

lama olarak belirtilmesi karşısında sanığa TCK'nun 51. maddenin uygulanamayacağına dayalı olarak ek savunma imkanının tanınmaması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması bozmayı gerektirir.

YARGITAY İLAMI

E.S.'ya kasten öldürmeye tam derecede teşebbüsten ve izinsiz silah taşımaktan sanık N.G., işbu suça fer'i fail şekilde iştirakten sanıklar N.G. ile H.G.'nin yapılan yargılanmaları sonunda; N.G.'nin hükümlülüğüne, N.G. ile H.G.'nin beraatlarına ilişkin Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 16.3.2005 gün ve 287/87 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi Cumhuriyet Savcısı, sanık N. ile müdahil taraflarından istenilmiş, sanık duruşma da talep etmiş olduğundan dava dosyası Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Dairemize gönderilmekle; sanık hakkında duruşmalı, müdahil ile Cumhuriyet Savcısının temyizleri veçhile incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi.

TÜRK MİLLETİ ADINA

1- Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık N.G.'nin suçlarının sübutu kabul, oluğa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, takdire dayalı cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle kısmen kabul, kısmen reddedilmiş, sanıklar N.G. ve H.G.'nin kasten öldürmeye te-

şebbüs suçuna iştirakten elde edilen delillerin hükümlülüğe yeter nitelik ve derecede bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek kabul ve takdir kılınmış, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma nedenleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık N. müdafinin duruşmalı incelemede, suç vasfına, tahrikin varlığına ve saireye Cumhuriyet Savcısının suç vasfına, müdahil E. vekilinin beraat eden sanıklar yönünden sübutun varlığına yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle sanıklar N. ve H.'nin öldürmeye teşebbüs suçuna iştirakten beraatlarına dair hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi ONANMASINA,

2- Sanık N.G.'nin mahkumiyetine dair hükümlerin incelenmesinde;

Yukarıda belirtildiği üzere sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

a) Hükümden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun hükümleri uyarınca sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması

b) Kabul ve uygulamaya göre de;

aa) Sanığın doğum tarihi yanlış yazılarak getirtilen sabıkasızlık kaydıyla yetinilmesi,

bb) Sanık hakkında açılan kamu davasında TCK'nun 51/1. maddesinin uygulanması talep edildiği, Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki mütalaasında da suç vasfının tahrik altında yaralama olarak belirtilmesi karşısında sanığa TCK'nun 51. maddesinin uygulanamayacağına dayalı olarak ek savunma imkanının tanınmaması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması

Bozmayı gerektirmiş sanık müdafinin duruşmalı incelemede ve dilekçelerinde müdahil vekilinin dilekçesinde ileri sürdüğü temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan hükmün BOZULMASINA, dosya kapsamına ve tutuklulukta geçen süreye göre sanık müdafinin tahliye isteminin reddine 09.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

765 Sayılı TCK, 5237 Sayılı TCK Hangi Halde Uygulanır?

T.C.
YARGITAY
BİRİNCİ CEZA DAİRESİ

ESAS NO : 2007/3669
KARAR NO : 2007/9119
TEBLİĞNAME : 1-B/06/276558

Özet: Sanık hakkında hangi yasanın uygulanıp uygulanmayacağı tartışılıp sonucuna göre lehe olan yasanın belirlenmesi gerekir.

YARGITAY İLAMI

E.S.'yi kasten öldürmeye tam derecede teşebbüsten ve izinsiz silah taşımaktan sanık N.G.'nin bozma üzerine yapılan yargılanması sonunda; hükümlülüğüne ilişkin ... 3. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 17.05.2006 gün ve 182/223 sayılı hükmün duruşmalı olarak Yargıtayca incelenmesi sanık vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava dosyası Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile dairemize gönderilmekle; sanığın duruşmaya müdafii göndermemesi nedeniyle duruşmasız olarak incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık N.G.'nin kasten öldürmeye teşebbüs ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçlarının sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç nitelikleri tayin, takdire dayalı cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre bozmaya uyularak verilen hükümlerde 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçu yönünden bozma, kasten öldürmeye teşebbüs suçu yönünden düzeltme nedenleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin suç vasfına, tahrike teşebbüs nedeniyle indirimde teşdit uygulamasının yerinde olmadığına vesaireye yönelen ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddiyle,

A) Kasten öldürmeye teşebbüs suçundan, sanığın mahkumiyeti-

ne dair hükmün CMUK'nun 322. maddesi ile tanınan yetki kullanılarak 53. maddenin uygulanmasına dair hüküm fıkrasına "3. fıkranın gözetilmesine" ibaresinin eklenmesine karar verilmek suretiyle DÜZELTİLEN hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi ONANMASINA,

B) 6136 sayılı Kanuna Muhalefet suçu yönünden ise;

a) 5237 sayılı TCK'nun seçenek yaptırımları düzenleyen 50. maddesinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağının tartışılıp, sonucuna göre lehe yasanın belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi,

b) Kabul ve uygulamaya göre de; takdiri indirim nedeniyle ilgili olarak lehe olan 765 sayılı TCK'nun 59. maddesi yerine hak yoksunluğu hükümlerini içeren 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesinin de uygulanmasını gerektiren 5237 sayılı TCK'nun 62. maddesi uyarınca uygulama yapılması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülüş olduğundan hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA 06.12.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av.Muammer Yurdakul

Hapis Cezasına Mahkumiyetin Kanuni Sonucu Olan Hak Yoksunluklarının Karar Yerinde Gösterilmesi Gerekir

T.C.
YARGITAY
5. CEZA DAİRESİ

ESAS NO : 2007/7652
KARAR NO : 2007/7639
TEBLİĞNAME NO : 5/2007-106873

ÖZET: TCK madde 53'te düzenlenen hak yoksunluklarının kararda belirtilmesi gerekir. Ayrıca TCK madde 53/1-a'da düzenlenen yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen

suçlarda hak yoksunluğunun infazdan sonra belli süre devam etmesine karar verilmelidir.

TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLAMI

Nitelikli zimmet suçundan sanık İ.T.K.'nın yapılan yargılaması sonunda; basit zimmet suçundan mahkumiyetine dair ... 11. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 19.12.2006 gün 2006/88 Esas, 2006/62 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi O Yer C.Savcısı, katılan vekili, sanık ve müdafileri tarafından istenilmiş sanık müdafileri incelemenin duruşmalı olarak yapılmasını talep etmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle 3.10.2007 Çarşamba saat 14.00'e duruşma günü tayin olunarak sanık müdafilerine çağrı kağıdı gönderilmişti.

Belli günde hakimler duruşma salonunda toplanarak Yargıtay C. Savcılarından E. B. hazır olduğu halde oturum açıldı.

Yapılan tebligat üzerine sanığın müdafileri gelmediği ve ayrıca bir talepte de bulunulmadığı anlaşılmakla Yargıtay C.Savcısının uygun görülen talep ve mütalaası dairesinde DURUŞMASIZ inceleme yapılmasına oybirliği ile karar verilerek, vaktin darlığına binaen dosyanın incelenmesi başka bir güne bırakılmıştı.

Bugün dava evrakı incelenerek aşağıda yazılı karar ittihaz olundu.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülme-yen sair

temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

... Belediyesi Teftiş Kurulu Müdürlüğünün 02.10.2006 gün 652 sayılı İnceleme Raporu'nun 2003 yılına ait ödemelere ilişkin Tespit Tutanağı'nda isimleri geçen E.K., M.A., Ş.Ç., O.M.D., B.G., M.A., E.Y. ile C. Başsavcılığı tarafından yaptırılan bilirkişi raporunun 2003 yılına ilişkin ödemelerde ismi geçen A.G.A. tanık olarak çağrılıp bahsi geçen ödemeleri alıp almadıkları hususunda bilgilerine başvurulması, İz-Su ile Belediye arasında çevre temizlik vergisinden doğan mahsup işleminin ne şekilde yapıldığı, bunda sanığın etkisinin olup olmadığı, mahsup işleminin belediye kayıtlarına nasıl yansdığı, sanığın İz-Su'ya ödemek üzere aldığı parayı ödeyip ödemediği dairesindeki ilgili evrakların incelenmesiyle anlaşılıp anlaşılamayacağının araştırılması, bundan sonra, dosyanın kül halinde emekli Sayıştay denetçilerinden oluşturulacak bilirkişi heyetine tevdi ile, raporlar arasındaki çelişkileri gideren, sanığın üzerinde tutup geç yatırdığı paraların nemasını da hesap edip zimmet miktarına dahil ederek, zimmet miktarlarını gösterir ayrıntılı rapor aldırılmasına, müteakiben hasıl olan sonuca göre, bir karara varılması gerekirken, yetersiz bilirkişi raporlarına dayanılarak, yazılı şekilde hüküm kurulması,

Sanığın adli sicil kaydındaki ilamlar getirilip, mükerrer olup olmadığının araştırılmaması,

5237 sayılı TCK'nın 53/1 maddesinde a,b,d,e bentlerinde belirtilen hak yoksunluklarının mahkum olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar e bendindeki hak yoksunluğunun koşullu salıverilmeye kadar kullanılamayacağının karar yerinde gösterilmemesi,

Suçun 5237 sayılı Yasanın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesine rağmen sanık hakkında, güvenlik tedbiri alıp kazanılmış hakka konu olmayan aynı Yasanın 53/5. maddesinin uygulanmaması,

Kanuna aykırı, O Yer C. Savcısı, sanık ile müdafileri ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan 5320 Sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nun 321. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA, 22.10.2007 günü oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Muammer Yurdakul

Müsadere Hakkında Duruşma Açılarak Karar Verilmesi Gerekir

T.C.
YARGITAY
7. CEZA DAİRESİ

ESAS NO : 2005/18282
KARAR NO : 2006/19162
TEBLİĞNAME NO : 7M/2004-159017

Özet: Müsadere hakkında CMUK m. 392 vd. uyarınca duruşma açılarak karar verilmesi yerine dosya üzerinden karar verilmesi bozmayı gerektirir.

YARGITAY İLAMI

Aleyhinde müsadere talebinde bulunulan H.A. hakkında evrak üzerinde yapılan inceleme sonunda: Müsadereye dair İzmir 3. Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 17.6.2004 tarihli kararın Yargıtayca incelenmesi, sanık müdafii tarafından süresinde istenilerek dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığının bozma isteyen 27.10.2005 tarihli tebliğnamesiyle daireye verilmekle dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldü:

Müsadere talebi üzerine CMUK'nun 392 ve müteakip maddeleri uyarınca duruşma açılarak bir karar verilmesi gerektiğinden, hükmün temyizinin kabil görülerek yapılan incelemede,

Müsadereye konu eşyalar hakkında 1412 sayılı CMUK'nun 392 ve müteakip maddeleri (5271 sayılı CMK'nun 257. maddesi) uyarınca duruşma açılarak bir karar verilmesi gerekirken, dosya üzerinde yazılı şekilde hüküm tesisi,

Yasaya aykırı sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün sair yönleri incelenmeksizin 5320 sayılı Yasanın 8/1 maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 18.12.2006 gününü oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Ömer Ayebe

YARGI KARARLARI

Özel Hukuk Bölümü

Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu Hakkı Hak Sahiplerine Yapılan ya da İleride Yapılması Gerekli Bulunan Her Türlü Giderlerin Toplamı ile Gelir Bağlanırsa Bu Gelirin İlk Peşin Sermaye Tutarıyla Sınırlıdır

YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

Esas : 2007/10-973

Karar : 2007/975

ÖZET: Hak sahiplerine meslek hastalığı, iş kazası vb. nedenlerle yapılan ödemelerin peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının kusurlarına isabet eden tutarı oranında kurumun rücu hakkı vardır. Burada tazmin sorumlusu işverenin bağımsız işveren

mi, aracı mı olduğu değerlendirilirken, taşeron ya da aracının, asıl işverenden iş almış olması yeterli değildir. Bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, asıl işverenin de sigortalı çalıştırması gerekir.

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : İzmir 5. İş Mahkemesi

TARİHİ : 19/3/2007

NUMARASI : 2006/206-2007/162

DAVACI : SSK vekili Av. C.Y.

DAVALILAR : 1-Y.İ.T.G. ve T.R. Tic.Ltd. Şti. vekili Av.K.G.,

2-G.S.E. Vakfı Başkanlığı vekili Av.H.Ö.Ş.

3-A.Y. mirasçıları E.Y. ve diğerleri vekilleri Av. K.G.

4-Z.M.Ç.

Taraflar arasındaki “rücuan tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; ... 5. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 16.06.2005 gün ve 899-415 sayılı kararın incelenmesi taraflar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 11.04.2006 gün ve 2657-4938 sayılı ilamı ile, “Dava, davalı vakıf tarafından yaptırılan “Özel Batı Anadolu Üniversitesi İnşaat İşyerinin” 25.10.2002 tarihli sözleşme ile kaba inşaatının yapım işini üstlenen

diğer davalı Limited Şirketin yapım faaliyetinin devamı sırasında ve 4. kattan düşerek 22.11.2002 tarihinde vefat eden Limited Şirket işçisi B.Y.'nin hak sahiplerine Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının 506 sayılı Yasa'nın 10,26 ve 87. maddelerine göre rücu tahsili istemine ilişkin olup, mahkeme, yazılı gerekçelerle ve talep gibi davanın kabulüne karar vermiştir.

a- Zararlandırııcı sigorta olayının 22.11.2002 tarihinde gerçekleşmesine, daha önce tescili bulunmayan inşaat işyerinin müfettiş raporuna istinaden ve 18.11.2002 tarihi itibarıyla yasa kapsamına alınmasına, kaldı ki, kazalının Limited Şirkete ait ...202 sicil sayılı başka işyerinden 2002 yılı Kasım ayında bildiriminin ve 5 günlük ücret kaydının bulunup çıkışının ise, kaza günü olan 22.11.2002 tarihinde verilmesine göre, somut olayda 506 sayılı Yasa'nın 10. maddesi koşullarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin söz konusu maddeye ve yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür.

b- Öte yandan, aracının, bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. kişi olduğu hususu, 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinin son fıkrası hükmünde açıkça belirtilmiştir. Bu tanıma göre; asıl işverenin taşeron ile birlikte müştereken sorumlu tutulabilmesi için; taşeronun bir işte veya bir işin bölüm ve eklentilerinde işverenden iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, ayrıca o işte işi ihale eden asıl işverenin de sigortalı çalıştırması gerekir. Mahkemece, anılan ve birbirini teyit eden iki ayrı kusur raporunda, asıl işveren sıfatıyla davalı vakfa, %32,5, taşeron sıfatıyla davalı Limited Şirkete %12,5, ölü davalı ve Limited Şirket müdürü A'ya %20, fenni mesul ve diğer davalı M'ye %5, ölene %30 oranında kusur izafe edilmiştir. Somut olayda; öncelikle, davalı vakıf ile davalı Limited Şirket arasında asıl işveren-taşeron ilişkisi bulunup bulunmadığı 87. madde kapsamında yöntemince araştırılıp belirlenmeli, vakfın işverenlik sıfatının bulunmadığının anlaşılması halinde, 506 sayılı Yasa'nın 26/2. maddesi kapsamında sorumluluk durumunun da irdelenmesini sağlayacak şekilde işçi sağlığı ve iş güvenliği ile iş kolunda uzman bilirkişi heyetinden kusur oran ve aidiyeti yönünden yeniden kusur raporu alınmalı, denetlendikten ve varsa çelişkiler giderildikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir.

c- Hükme dayanak kılınan 13.05.2005 tarihli hesap raporu 10. maddeye ve %85 kusura göre düzenlenmiş olup, hak sahibi K'nın dış tavanı 853.716.356 TL belirlenmesine rağmen, dış tavan yerine %70 isteme göre ileri sürülen 1.976.065.588 TL'ye hükmedilerek davalılar aleyhine 1.122.349.232 TL fazla rücu alacağına hükmedilmesi yerinde görülmemiştir.

YARGI KARARLARI

Mahkemece yapılacak iş yukarıda açıklanan yöntemlerle davalıların kusur oran ve aidiyetlerini belirlemek, belirlenen kusur oranlarını 13.05.2005 tarihli hesap raporuna uygulayarak hak sahiplerinin gerçek maddi zarar tavanlarını tespit etmek ve tavan kontrolü yapılarak ileri sürülen talep hakkında bir karar vermekten ibarettir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, iş kazasında vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirler ve yapılan cenaze yardımı nedeniyle oluşan Kurum zararının, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumunun 9,10,26 ve 87. maddeleri uyarınca rücu tazmini istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, istemin kabulüne dair verilen karar, Özel Dairece, yukarıda yazılı nedenlerle bozulmuş, yerel mahkemece önceki hükümde direnilmiştir.

I- İlk uyuşmazlık, 506 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca rücu an alacak koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Anılan madde ile; sigortalı çalıştırıldığı süresi içerisinde Kuruma bildirilmemesi halinde, sonradan verilen bildirge veya kurumun Kurumca tespit tarihine kadar geçecek süre içerisinde meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde ilgililerin sigorta yardımlarının Kurumca sağlanarak, yapılan veya ileride yapılması gereken giderler ile bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerleri tutarının işverene ayrıca ödettirileceği hükme bağlanmıştır.

Maddenin uygulama alanı, 4447 sayılı Kanun ile değişik 506 sayılı Kanunun 9. maddesinde belirtilmektedir. Buna göre, "İşveren çalıştıracığı kimseleri, işe başlatmadan önce örneği Kurumca hazırlanacak işe giriş bildirgeleriyle Kuruma doğrudan bildirmekle veya bu belgeleri iadeli-taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür."

Maddenin devamında ise; "İnşaat işyerlerinde işe başlatılacak kişiler için işe başlatıldığı gün Kuruma veya iadeli taahhütlü olarak pos-

taya verilen işe giriş bildirgeleri ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilen işyerlerinde işe alınan işçiler için en geç bir ay içinde Kuruma verilen veya iadeli taahhütlü olarak gönderilen işe giriş bildirgeleri de süresi içinde verilmiş sayılır.” Denilerek iki istisna getirilmiştir.

İş kazası nedeniyle düzenlenen 03.03.2003 günlük sigorta müfettiş raporunda; zararlandırıcı sigorta olayının meydana geldiği üniversite kampus inşaatı işyerinin tescilsiz olduğu, iş kazasının 22.11.2002 tarihinde meydana geldiği, sigortalı işe giriş bildirgesinin 02.12.2002 tarihinde Kuruma iadeli taahhütlü posta ile ulaştırıldığı, işyerinin 18.11.2002 tarihi itibarıyla yasa kapsamına alınması gerektiği hususlarının saptandığı anlaşılmaktadır. İlk defa işyeri bildirgesi verilmesi gereken işyerlerinde çalışmaya başlayan sigortalıların bir ay içerisinde Kuruma bildirmelerinin Yasaca yeterli bulunması karşısında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 9 ve 10. maddelerine göre işverenin sorumluluğu yönüne gidilemeyecektir. Bir aylık sürenin başlangıcının, işyeri bildirgesinin verildiği ya da verilmesi gereken tarih olduğu ise dikkate alınmalıdır.

II- Davalı Vakıf ile davalı Limited Şirket arasında 506 sayılı Kanun’un 87. maddesi uyarınca “asıl işveren-aracı” ilişkisi bulunup bulunmadığı yönünde araştırma yapılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine ilişkin bozma nedenine gelince;

Hemen belirtilmelidir ki, maddenin “aracı” olarak nitelediği üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan vb. adlarla anılmaktadır.

“Üçüncü kişinin aracılığı” başlığını taşıyan 87. madde; “Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur. Bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir.” Hükmünü içermektedir.

Bu hüküm ile asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, sigortalının sosyal güvenlik hakkı yanında, Kurumun bir kısım alacaklarının da güvence altına alınması amaçlanmıştır.

Sosyal Sigortalar Kurumuna göre “aracı” dan söz edebilmek ve asıl işvereni aracının borçlularından dolayı sorumlu tutabilmek için maddenin tanımından ortaya çıkan birtakım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Maddede belirtilen koşulların yokluğu durumunda aracidan söz edilemeyecektir.

506 sayılı Kanunun 4/I. maddesi dikkate alındığında (asıl) işveren, sigortalıları çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi olup, işveren niteliği sigortalı çalıştırmanın doğal sonucudur. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi için, işyerinde “iş sahibi”nin de sigortalı çalıştırıyor olması koşulu gereklidir. Sigortalı çalıştırmayan iş sahibi “işveren” sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlarda aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk oluşmayacaktır.

İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir iş olarak değerlendirilebiliyor ise, işi alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde olacaktır. İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında bir alt işverenlik, dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk hali söz konusu olmayacaktır. Diğer işyerlerinde sigortalı çalıştırması nedeniyle “işveren” sıfatına sahip olmanın, devredilen iş dolayısıyla işverenlik sıfatını kazandırmayacağı dikkate alınmalıdır.

Aynı şekilde, işi alan kişinin de işverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırması sonucunda kazanmış olması gerekmektedir. Alınan işte sigortalı çalıştırmayıp, tek başına ya da ortakları ile işi yürüten kişi alt işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Bu kişinin diğer birtakım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi ise bulunmamaktadır.

Sonuç olarak; aracının aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi ya da yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Bir işverene ait işyerindeki üretim sürecine, başka bir işverenin dahil olması durumunda “aracıdan” söz edilebilecektir. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan, asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, 506 sayılı Kanun uygulaması yönünden aracıdan söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır.

Belirtilmelidir ki, yapılmış olan sözleşmede, işin kalitesi ve işyeri disiplini amacıyla bir kısım hükümlerin yer alması, inşaat sahipliği dışında asıl işverenlik sıfatını doğuracak, işi alanın bağımsız işveren kimliğini ortadan kaldıracak bir etmen olmayıp, anılan sözleşmenin Borçlar Kanunu’nun 356 vd. maddeleri doğrultusunda müteahhide yüklenen sorumluluğun doğal bir sonucu olarak, sözleşme hükümlerinin proje ve teknik şartnameye uygunluğunun saptanabilmesi amacıyla yönelik olduklarının da kabulü gerekebilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.05.2004 gün ve 2004/10-233 Esas, 262 sayılı Kararında da aynı yönlere değinilmektedir.

Yerel mahkemece, belirtilen bu maddi ve yasal olgular doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılmaksızın davalı Vakfın 87. madde kapsamında sorumluluğuna karar verilmesi isabetli bulunmamaktadır.

III- İşverenin sorumluluğunun düzenlendiği 506 sayılı Kanun'un 26. maddesinde, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine gelir bağlanması durumunda, Kurumun sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere işverene rücu hakkı öngörülmekte iken, Anayasa Mahkemesi'nin 21.03.2007 gün ve 26469 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas, 2006/106 sayılı Kararı ile;

“...Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanması halinde bu gelirin Yasa'nın 22. maddesinde sözü edilen tarife göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamının işverenden alınması öngörülmekte, bu gelirin istenebilmesi için zararın işverenin kastı ya da işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına aykırı veya suç sayılabilir hareketi sonucunda oluşması gerekmektedir. Buna göre, iptali istenilen ‘...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebileceği miktarla olmak üzere...’ bölümü, anılan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, sigortalıya bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeni ile yapılacak artışların da işverenden istenebilmesini olanaklı kılmaktadır. Nitekim 1.7.1994 günlü, E.1992/3, K.1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki yorumun da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesi ile benimsenen hukuk devleti, bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu devlette hukuk güvenliğini sağlayan bir düzen kurulması esastır. Böyle bir düzende devlete güven ilkesi ise vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devletin yaptığı düzenlemelerde haksız bir edinime yol açılması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez.

Anayasa'nın 60. maddesinde ‘Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar’ denilmektedir. Bu kurala göre, sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek ise devlet için görevdir. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal sigorta kuruluşlarınca kendi kuralları çerçevesinde yerine getirilir. Sosyal sigortanın kapsamı, sigorta alanı ve içerdiği riskler ile alınacak primler yasalarla belirlenmiştir. Sosyal güvenliğin

ve sigortanın varlık nedeni sosyal risklerin karşılanmasıdır. Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kurum'a ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında yükletilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi sosyal hukuk devleti ilkesine de aykırıdır." Gerekçesiyle; "17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının '...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere...' bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE" karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı ile, 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan ve gelir artışlarından doğan Kurum zararının işverenden tahsiline olanak tanıyan "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümü, Anayasa'nın "sosyal devlet" ve "hukuk devleti" ilkelerine aykırı bulunmuş ve sonuçta kesin bir ifade ile gelir artışının işverenden istenemeyeceği karara bağlanmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra yürürlüğe girmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları, idari makamlar, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı açıktır. Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesinde "Hakim re'sen Türk Kanunları mücibince hüküm verir" yönündeki yasal ilke gözetildiğinde, anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının bu gibi kesin hüküm halini almamış (derdest) davalar yönünden uygulanmasının zorunluluğu ortadadır. (Hukuk Genel Kurulunun 21.01.2004 gün ve 2004/10-44 Esas, 19 Karar; 07.04.2004 gün ve 2004/10-214 Esas, 198 Karar; 29.09.2004 gün ve 2004/10-448 Esas, 461 sayılı Kararları)

Nitekim, usuli kazanılmış hak gereğince uygulanması gereken bir Kanun hükmü sonradan (görülmekte olan davada karar kesinleşmeden önce) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse artık usuli kazanılmış hakka göre değil, usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonraki yeni duruma göre karar verilmesi gerekecektir. (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk muhakemeleri Usulü, 2001 Altıncı Baskı, Cilt V, s.4784).

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular karşısında, Kurum'un rücu hakkı; bu Kanun gereğince (sigortalıya veya) hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin toplamı ile gelir bağlanırsa bu gelirin ilk peşin sermaye değerli tutarıyla sınırlı bulunmaktadır. Bir diğer ifadeyle; Kurum tarafından (506 sayılı Kanunun Ek 44. maddesi de gözetilerek) belirlenen sigortalı geliri ile bu Kanunun 20 ve 23. maddeleri uyarınca (sigortalıya veya) hak sahiplerine bağlanan (sürekli iş görmezlik ve ölüm) gelirin (her ay ödeme tarihlerinde bir önceki aya göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllık kentsel yerler tüketici fiyatları indeksi artış oranı kadar artırılarak belirleneceğine ilişkin Ek 38. madde hükmü dikkate alınmaksızın) 22. maddede belirtilen tarife uyarınca hesaplanacak (ilk) peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden tutarı oranında rücu alacağına hükmedilmesi gerekmektedir.

İş Kazaları ile Meslek Hastalıkları, Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarından gelir ve aylık alanlara ödenmekte olan sosyal yardım zammının 22. maddede belirtilen tarife uyarınca hesaplanacak peşin sermaye değerinin, 506 sayılı Kanunun 26. maddesi hükümlerine göre tespit edilecek (ilk) peşin sermaye değerine katılması gerektiği de dikkate alınmalıdır. (Ek Madde 24/d).

Hak sahibinin gelirden çıktığının anlaşılması halinde ise, yapılmış olan fiili ödemenin, ilk peşin sermaye değeriyle sınırlı miktarına, fiili ödeme miktarının ilk peşin sermaye değerinden düşük olması halinde ise, fiili ödeme miktarına hükmedilmelidir.

Yerel mahkemece, yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular dikkate alınarak yapılacak inceleme ve araştırma ile hüküm kurulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 12.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Vekil, Müvekkiline Yapmış Olduğu Ödemeyi Yazılı Belge ile Kanıtlamak Zorundadır

YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

Esas : 2007/13-828
Karar : 2007/818

ÖZET: Vekil, müvekkiline yapmış olduğu ödemeyi yazılı belge ile kanıtlamak durumundadır. Almış olduğu ibranamede, tahsil ettiği para miktarının, vekalet ücretinin ve tüm kesintilerinin nedenlerinin yer alması gerekir. Yazılı belge ile kanıtlanamayan hususların yemin ile kanıtlanabileceği göz önüne alınmalıdır.

YARGITAY İLAMI

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : ... 22. Asliye Ceza Mahkemesi
TARİHİ : 08/03/2007
NUMARASI : 2007/7-2007/62
DAVACI : T.U. vekili Av.M.H. ve Av.M.F.Ö
DAVALI : R.B. vekili Av.O.Ö.
DAVA TÜRÜ : Alacak

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; ... Asliye 22. Hukuk Mahkemesince asıl davanın reddine, karşı davanın kısmen kabulüne dair verilen 22.12.2005 gün ve 2005/6-432 sayılı kararın incelenmesi taraflar vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 27.11.2006 gün ve 2006/12701-15675 sayılı ilamı ile, (...Davacı, davalının avukatı olduğunu, vekili olarak açıp neticelendirdiği davası sonucu verilen karar ... 7. İcra Müdürlüğünün 2002/3587 sayılı dosyası ile takibe koyduğunu, borçludan 18.211.000.000 lira tahsil ettiğini bildirip avukatlık ücretini kestikten sonra kendisine 17.000.000.000 lira ödeyip ibraname aldığını, ancak daha sonra davalının icradan 27.788.250.000 lira tahsil ettiğini öğrendiğini bildirip eksik ödenen 9.577.250.000 liranın işlemiş 1.436.550.000 lira faiziyle ve dava tarihinden itibaren işleyecek faiziyle tahsilini istemiştir.

Davalı, icradan 27.658.250.000 lira tahsil edip, davacıya 22.000.000.000 lira ödeyip ibra aldığını, kalan kısmını hak ettiği ücretine karşılık kestiğini, davacının pek çok davasını takip edip masraflarını da kendisinin yaptığını bildirerek davanın reddini savunmuş, karşı davasında da; davacının vekili olarak takip edip sonuçlandırdığı dava ve icra takiplerinde hiçbir kusuru olmadığı halde kendisini Cumhuriyet Savcılığına, Maliyeye şikayet ettiği gibi haksız olarak azil ettiğini bundan üzüntü duyduğunu bildirip 5.000.000.000 TL. manevi tazminat ile ödenmeyen bakiye 1.577.270.000 lira ücret alacağının tahsilini istemiştir.

Mahkemece, asıl davanın reddine, karşı davada ise 719.920.000 lira bakiye ücret alacağı ile 5.000.000.000 lira manevi tazminatın davacı-karşı davalıdan tahsiline karar verilmiş, davacı-karşı davalının temyizi üzerine dairemizce temyiz edenin diğer itirazlarının red edilerek, karar manevi tazminat şartları oluşmadığından reddi gerektiği gerekçesi ile bozulmuştur. Bu kez her iki taraf karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

1-Temyiz ilamında belirtilen gerektirici nedenler karşısında ve özellikle davacı karşı davalının temyiz talebi karşı davayı da kapsadığı gibi, harçta yatırıldığı anlaşıldığından, davalı karşı davacının maddi hatanın düzeltilmesi talebini içeren ve dairemizce karar düzeltme talebi olarak değerlendirilen itirazlarına göre davalı karşı davacının karar düzeltme taleplerinin reddi gerekir.

2-Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, yasal dayanağı BK. 386 ve devamı maddeleridir. Vekil, vekil edenin talimatı doğrultusunda ve iyi bir surette vekaleti ifa ile mükelleftir. (BK. 389-390 md.) Vekil müvekkilinin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeye ve bu cihetten dolayı her nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye ve zimmetinde kalan paranın da faizini vermeye mecburdur. (BK.392 md.) Müvekkilinde, vekilin vekalet görevini ifa ederken yaptığı masrafları vermesi, vekilinin üstlendiği borçlardan onu kurtarması ve vekilin ücretini ödemesi gerekir. (BK. 394,md.) Dosya kapsamından davalı-karşı davacı avukatın, davacı-karşı davalının vekili olarak ... 7. İcra Müdürlüğünün 2002/358 sayılı dosyasından 12.1.2004 tarihinde 27.788.250.000 lira aldığı, vekil edenine bir miktar ödeme yaptığı, 13.1.2004 tarihli ibranameyi aldığı, daha sonra davacı-karşı davalı tarafından 24.1.2004 tarihinde vekillikten azil edildiği, Cumhuriyet Savcılığına, Baroya, Maliyeye eksik ödeme yaptığından bahisle şikayet edildiği hususları taraflar arasında çekişmesiz olduğu gibi dosya

kapsamı ile de sabittir. Davacı-karşı davalı vekil eden, vekil olan davalı-karşı davacının icra dosyasından aldığı paranın hesabını vermediği ve kendisine eksik olarak 17.000.000.000 lira ödediği iddiası ile bu davayı açmıştır. Davalı-karşı davacı ise, davacıya önce 18.000.000.000 lira daha sonra da 4.000.0000.000 lira olmak üzere 22.000.000.000 lira ödeme yaptığını, kalan kısmı ise yaptığı masraflar ile vekalet ücreti alacağına karşılık tuttuğunu ve ödemediğini, ücreti vekalet alacağından doğan bakiye alacağı da olduğunu savunup, karşı dava açmıştır. Uyuşmazlığın çözümü için davalı-karşı davacı avukatın öncelikle yasaya uygun şekilde vekil edenine hesap verdiğini ve ödeme yaptığını kanıtlaması gerekir. Davalı-karşı davacı bu savunmasını ispat için 13.1.2004 tarihli ibranameye dayanmıştır. Bu ibranamede, icra dosyasından ne miktar para çekildiği, ibra edene ne miktar ödeme yapıldığı, kesilen paranın miktarı ve ne için kesildiği hususlarında her hangi bir açıklama bulunmamaktadır. İbraname altına verilen “vekil eden iş sahibine 18.250.000.000 lira ödeyip, 5.000.000.000 lira avukat uhdesinde kaldığını, bu 5.000.000.000 liradan 4.000.000.000 liranın 20.1.2004 tarihinde vekil edene ödendiğine” dair şerhlerin ibranamenin düzenlenmesinden daha sonraki tarihlerde yazıldığı ve altlarındaki imzaların davalı-karşı davacı avukatın eşine ait olduğu, davalı-karşı davacı avukatın 23.3.2005 tarihli layihası ve 27.5.2004 tarihli tarihli ... Barosu Başkanlığına verdiği dilekçesinde açıkça belirtildiğinden, bu şerhler altında iş sahibinin imzası bulunmadığından, ibranameyi veren davacı-karşı davalıyı bağlamaz. Bu haliyle ibraname davalı-karşı davacının iddia ve savunmasını doğrulamaya yeterli değildir. Bu nedenlerle ibranameye itibar edilemez. Davacı-karşı davalı 19.7.2005 tarihli layihasında önce 13.250.000.000 lira, tüm beyanlarında da daha sonra 4.000.000.000 lira olmak üzere kendisine yapıldığını kabul ettiği 17.250.000.000 lira dışında ödeme yaptığını, davalı-karşı davacı başkaca bir delil getirip isabet edememiştir. Yine davalı-karşı davacı 22.000.000.000 lira ödeme yaptığını iddia etmesine rağmen, mahkemenin yapılan ödemeyi 22.250.000.000 lira olarak kabul etmesi de doğru değildir. Davalı-karşı davacı, 17.250.000.000 liradan fazla ve iddia ettiği miktarda ödeme yaptığını ibraz ettiği delillerle kanıtlayamamış ise de, cevap layihası ve karşı dava dilekçesinde yemin deliline dayandığı anlaşıldığından davalı-karşı davacıya karşı tarafa yaptığı ödemenin miktarı konusunda yemin teklif etme hakkı olduğu hatırlatılarak, hasıl olacak sonuca uygun olarak asıl dava ve karşı dava hakkında karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle delillerin takdirinde hata yapılarak, yazılı şekilde hüküm tesisi usul

ve yasaya aykırı olup, hükmün bu nedenle de bozulması gerekirken, zuhulen bu hususun gözden kaçırıldığı bu kez yapılan inceleme ile anlaşıldığından, davacı-karşı davalının karar düzeltme talebi kabul edilmeli ve dairemiz kararı, eski bozma sebebine ilaveten bu nedenle de bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı-karşı davalı T.U. vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, davalı-karşı davacının 22.000.000.000 TL. ödediğini savunmuş ve fakat davacı-karşı davalının 17.250.000.000 TL. aldığını ileri sürmüş olmasına, bu iki rakam arasındaki farkı oluşturan 4.750.000.000 TL.'nin ödendiğini yazılı belge ile kanıtlayamayan davalı-karşı davacının, bu miktar ödeme yönünden karşı tarafa yemin teklif etme hakkına sahip bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı-karşı davalı T.U. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire Bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 17.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Kira Bedeli Tespiti Davasında Taraflar Arasında Yapılan Kira Sözleşmesi Esas Alınmalıdır

YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

Esas : 2007/3-912
Karar : 2007/957

ÖZET : Kira bedeli, kira sözleşmesindeki şartlara göre tespit edilmelidir. Hak ve nesafet ilkeleri kullanılarak taraf iradelerine aykırı karar verilmelidir.

YARGITAY İLAMI İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : İstanbul 4. Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 12/06/2007
NUMARASI : 2006/1649-2007/616
DAVACI : M.S. vekili Av.M.Y.S.
DAVALI : P.D.T.M. İnşaat Malzemeleri San. ve Ltd.Şti.
vekili Av.Y.L.K.

Taraflar arasındaki “kira tespiti” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 4. Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 7.3.2006 gün ve 816-179 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 16.11.2006 gün ve 14471-15331 sayılı ilamı ile, (...Dava-da, 1.7.2005 tarihinden başlayan döneme ilişkin aylık kira parasının tespiti istenilmiştir.

Mahkemece, hak ve nesafet uygulamasına göre 5.060 YTL kira parasına hükmedilmiştir. Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 1.7.2003 başlangıç tarihli olup 1 yıl sürelidir. Kural olarak tarafların her türlü etken dışında ve serbest iradeleri ile yaptıkları kira sözleşmesinde belirledikleri kira parasının aksi iddia edilip kanıtlanmadıkça o dönemin olağan rayicine uygun olduğu kabul edilmelidir.

Şartlar değişmediği ve özel gelişmelerin varlığı iddia ve ispat edil-

medikçe, kira sözleşmesinde olağan rayice uygun olarak kararlaştırılan kira parasına Üretici Fiyat Endeksi artış oranının (ÜFE %65'i aştığı dönemlerde % 65 ile sınırlı olarak) üç yıl için (ard arda üç defa) artırımı esas alınarak bulunacak kira parasının o dönemin hak ve nesafet kurallarına uygun ve aşırı olmayan bir kira parası olduğu ilke olarak kabul edilmeli ve ona göre uygulama yapılmalıdır.

Bundan sonra ise yeniden hak ve nesafete uygun kira parası tespit edilecektir.

Dava konusu olayda sözleşme bitim tarihinden itibaren üç yıl geçmediği hükme esas alınan bilirkişi raporunda dava dilekçesinde belirtilen gelişmelerin sözleşmenin kurulduğu tarihte mevcut olduğunun açıklanmasına, dava dilekçesinde başkaca özel nedenlerden de söz edilmediğine göre, kira parasının endeks uygulamasına göre tespiti gerekirken hak ve nesafet ilkeleri uygulanarak belirlenmesi doğru değildir. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddi ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre ve özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1.10.2003 gün ve 2003/3-591 Esas ve 2003/534 sayılı kararında açıklandığı üzere Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 5.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Bir Aracın Trafiğe Tesciline Veya Trafikteki Kaydının Terkinine İlişkin İşlemler, Hukuksal Nitelikte İdari İşlemlerdir

YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

Esas : 2007/13-780
Karar : 2007/757

ÖZET : Trafiğe kayıtlı araç satımına ilişkin yasal düzenleme uyarınca, resmi şekle uygun olarak düzenlenen satış sözleşmesiyle birlikte araç mülkiyeti alıcısına geçer; mülkiyetin devriyle ilgili olarak trafik kaydında ilgili idare-

ce yapılacak işlem; inşai (kurucu) değil; izhari (bildirici) niteliktedir. Dolayısıyla, böylesi bir işlemin yapılmamış olması, mülkiyetin alıcıya geçmediğinin kabulünü gerektirmez. Aracı satan kişi, mülkiyetin devrini sağlayan satış sözleşmesini ibraz etmek suretiyle, sözleşme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere araç kaydının kendisi üzerinden terkinini dava dışı Trafik Müdürlüğünden istemek; istemi reddedildiği takdirde, idari işlem niteliğinde olacağı açık bulunan bu ret işlemine karşı, idari yargıda iptal istemiyle dava açmaktadır. Davacının bu yola gitmek yerine, satış sözleşmesindeki alıcı tarafı hasım göstermek suretiyle, kendisi üzerindeki trafik kaydının terkinini istemiyle adli yargıda açtığı eldeki dava dinlenebilir (mesmu) değildir.

YARGITAY İLAMI

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : 11. Asliye Hukuk Mahkemesi

TARİHİ : 17/10/2006

NUMARASI : 2006/330-2006/598

DAVACI : TASFİYE HALİNDE T. EMLAK BANKASI
vekili Av.C.S.

DAVALI : G.T.

DAVA TÜRÜ : Tescil istemli

Taraflar arasındaki “tespit ve terkin” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Asliye 11. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 22.11.2005 gün ve 2004/411-2005/436 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 8.6.2006 gün ve 2006/6642-9396 sayılı ilamı ile, (...Davacı, trafikte adlarına kayıtlı Renault aracı 26.5.1995 tarihli noter sözleşmesi ile davalıya satıp teslim ettiğini, ancak davalı tarafından kaydın üzerine alınmadığını, vergi, ceza vs.nin adlarına geldiğini bu nedenle adlarına olan aracın trafik kaydının terkinine karar verilmesini istemiştir. Davalı cevap vermemiştir.

Mahkemece, trafik kaydının terkinin işleminin idari bulunduğundan dava dilekçesinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Trafikte davacı adına kayıtlı aracın davalıya resmi yolla satışının yapıldığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacının kaydın terkinin işlemi idari olmakla beraber, davacı talebinin mülkiyetin davalıya ait olduğunun tespiti şeklinde karar verilmelidir. Mahkemece yanlış değerlendireme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yenirden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, davacı tarafından davalıya satılmış olan aracın, halen davacı üzerinde bulunduğu iddia edilen trafik kaydının terkinin istemine ilişkindir.

Davacı Tasfiye Halinde T. Emlak Bankası A.Ş. vekili, 06 VH 772 plaka sayılı otomobilin davacı tarafından 11.7.1994 tarihinde noterde düzenlenen sözleşmeyle davalıya satılıp teslim edildiğini, ancak davalının yasal süre içinde aracı kendi adına tescil ettirmemesi nedeniyle kaydın halen davacı üzerinde görüldüğünü, bu yüzden davacı adına vergi tahakkuk ettirildiğini, tasfiye halindeki davacı bankanın tasfiye işlemlerinin tamamlanabilmesi için araç kaydının terkinin gerektiğini ileri sürerek; 06 VH 772 plaka sayılı aracın halen davacı banka üzerinde görünen trafik kaydının terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı G.T. cevap dilekçesi vermemiş, duruşmalara da katılmamış; yerel mahkemenin önceki kararının temyizine cevap dilekçesinde ise, aracın kendisi üzerine tescili için gerekli müracaatı Ankara Trafik Şube Müdürlüğünün bilgisi ve onayı ile mümkün bulunduğunu, buna rağmen kaydın hala kendi üzerinde görünmesinin, anılan şubenin ihmaliinden kaynaklandığını, İstanbul'da yapılan tescil üzerine, Ankara'daki kaydın terkinini gerektiğini bildirmiştir. Yerel Mahkeme; davalının noter satışı ile aracı satın aldıktan sonra trafikte kendi üzerine kaydettirip, İstanbul'a naklettirdiği, aracın orada 34 MES 12 plaka numarasını aldığı, ancak, Ankara Trafik Tescil Şube Müdürlüğünün ihmali bir davranışı nedeniyle; aracın Ankara'daki kaydının iptal edilmediği; davacının, kendi üzerinde görünen kaydın terkinine ilişkin isteminin idari nitelikte olduğu, aracı satın alan davalıyı hasım göstermek suretiyle adli yargıda kaydın terkinini isteyemeyeceği, davacının yapması gerekenin, Trafik Tescil Şube Müdürlüğüne müracaatla kaydın terkinini istemek ve yerine getirilmediği takdirde o kararaz karşı idari yargı yoluna başvurmak olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş; davacının temyizi üzerine Özel Daire hükmü yukarıdaki gerekçeyle bozmuş, Yerel Mahkemenin gerekçesini tekrarlayıp genişleterek verdiği direnme kararını da davacı vekili temyiz etmiştir.

Davacı banka adına trafiğe kayıtlı 06 VH 772 plaka sayılı, Renault marka 1982 modal otomobilin, taraflar arasında Beyoğlu 23. Noterliğinde resen düzenleme şeklinde yapılan 11.7.1994 tarihli satış sözleşmesiyle davalıya satılmış olduğu, sunulan sözleşme örneğiyle sabit ve çekişmesizdir.

Ankara Emniyet Müdürlüğünün 1.2.2005 günlü yazı cevabının "Araç Özet Bilgileri" başlıklı bölümündeki açıklamalara göre; cevap tarihi itibarıyla, dava konusu 06 VH 772 plaka sayılı otomobil davacı Banka adına kayıtlı görünmektedir. Ankara Emniyet Müdürlüğünün 21.2.2005 tarihli diğer yazı cevabında ise, davaya konu aracın 7.6.1982 tarihinde davacı Banka adına tescil edildiği, 18.7.1994 tarihinde 34 MES 12 plaka sayısıyla İstanbul iline naklen gittiği, davalı ile ilgisinin tespit edilmediği belirtilmiştir. Davacı vekilinin, Yerel Mahkemenin bozmaya konu hükmünü temyizine ilişkin 31.3.2006 günlü dilekçesi ekinde sunduğu, Ankara Emniyet Müdürlüğü'nün davacıya hitaplı 18.5.2004 günlü yazı cevabında, dava dışı başka araçlar yanında dava konusu aracın da o tarih itibarıyla davacı adına kayıtlı görüldüğü, devir işleminin yapılabilmesi için alıcısının müracaatı gerektiği belirtilmiştir. İstanbul Sultanbeyli İlçe Emniyet Müdürlüğünün 5.8.2005 tarihli yazı cevabı ekinde gönderilen

18.7.1994 günlü “Araç Trafik Tescil Müracaat ve İşlem Formu” başlıklı belge içeriğinden de, dava konusu 06 VH 772 plaka sayılı aracın, davalının müracaatı üzerine İstanbul’a nakledildiği ve 34 MES 12 plaka sayısı ile davalı adına tescil edildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan duruma, bozma ve direnme kararlarının içerik ve kapsamlarına göre Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; her ne kadar; 11.7.1994 tarihli resmi satış sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte, davaya konu araç mülkiyetinin davalıya geçtiği davalı tarafından da kabul edilmekte ve böylece bu husus taraflar arasında çekişmesiz ise de; mülkiyeti davalı alıcıya devreden resmi satış sözleşmesine rağmen, satış sırasında aracın bağlı bulunduğu Ankara Emniyet Müdürlüğü Trafik Tescil Şube Müdürlüğündeki kayıtlarda bu mülkiyet devrinin görünmemesi, kaydın davacı üzerinde kalmış olması karşısında; yerel mahkemenin eldeki davada, anılan satış sözleşmesi uyarınca, o tarih itibarıyla mülkiyetin davalıya geçmiş bulunduğunun tespitine karar vermesinin gerekli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu noktada, konuya ilişkin yasal durum hakkında şu açıklamanın yapılmasında yarar görülmüştür:

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 20/d maddesine göre, trafiğe kayıtlı araçların satış ve devrine ilişkin sözleşmelerin geçerli olabilmesi için, noterce (resen düzenleme şeklinde) yapılması zorunludur. Yine bu maddeye göre, işlemi yapan noter, siciline işlenmek üzere en, geç 15 gün içerisinde, satış işlemini ilgili tescil kuruluşuna ve vergi dairesine bildirmekle yükümlüdür. Noterin ilgili vergi dairesine yapacağı bildirimden sonra, önceki araç malikinin vergi mükellefiyetine son verilir ve yeni malik adına vergi mükellefiyeti tesis edilir. Aynı maddenin (e) bendi, trafiğe tescilli araçları satın alanların, gerekli belgeleri sağlamak suretiyle, ilgili tescil kuruluşundan bir ay içerisinde kendi adlarına tescil belgesi almak zorunda olduklarını hükme bağlamaktadır.

Görüldüğü üzere, anılan 20. madde, hem resmi satış sözleşmesini yapan notere ve hem de, alıcıya tescille ilgili yükümlülükler getirmektedir.

Yine, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 5. maddesinin (a) bendi, araçların plaka ve belgelerini vermek ve bu amaca yönelik hizmetleri yürütmek üzere her ilde ve gerekli görülen ilçelerde tescil şube veya bürolarının kurulacağını öngörmekte; maddenin “Görev ve yetkiler” başlıklı (b) bendinde ise; araçların tescil işlemlerini yaparak belge ve plakalarını vermek (fıkra:7) ve ülke çapında taşıtların ve sürücülerin sicillerini tutmak, teknik ve hukuki değişikliklerini işlemek, istatistiki bilgileri toplamak ve değerlendirmek (fıkra:9),

trafik tescil şube ve bürolarının görevleri arasında sayılmaktadır. Bu hükümlere göre; araçların trafiğe tescil edilmesi ve sicillerinin tutulması, Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı olarak kurulan Trafik Hizmetleri Başkanlığı bünyesindeki Trafik Tescil Şube veya Bürolarının görevi ve yetkisindedir. Bu şube ve büroların, kanunla kendilerine verilen görevleri yerine getirirken yaptıkları işlemlerin 'idari işlem' niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Eş söyleyişle, bir aracın trafiğe tesciline veya trafikteki kaydının terkinine ilişkin işlemler, hukuksal nitelikçe idari işlemlerdir.

Bilindiği üzere, tersini öngören açık bir kanun hükmü mevcut olmadıkça, adli yargı, idareyi belirli bir işlem yapmaya zorlayacak nitelikte karar veremez ve bu tür istemleri taşıyan davalara bakamaz, Esasen; bu yön Özel Dairenin de kabulündedir ve bozma ilamında söz konusu ilke açıkça vurgulanmıştır.

Somut olayda, resmi şekle uygun olarak düzenlenen 11.7.1994 tarihli araç satış sözleşmesiyle, dava konusu araç davalıya satılmıştır. Satımla birlikte aracın davalıya teslim edilmiş olduğu da tarafların kabulündedir. Sözleşmeyi düzenleyen Noter tarafından, yukarıda değinilen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 20/d. Maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmiş olup olmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Ancak, anılan satıştan sonra, aracın İstanbul iline nakledilmiş ve orada davalı adına yeni bir plaka sayısı almış olması; davalının, anılan Kanun'un 20/e maddesinin alıcıya yüklediği yükümlülüğü yerine getirdiğini ve aracı kendi adına tescil ettirdiğini göstermektedir. Hatta alıcı, aracı üçüncü bir kişiye resmi şekilde satmıştır. Buna rağmen, aracın satıştan önce davacı üzerinde bulunan trafik kaydının terkin edilmediği, eldeki davanın açıldığı tarih itibarıyla de davacı üzerinde kayıtlı görüldüğü de dosya içeriğiyle sabittir.

Hal böyle olunca; geçerli satış sözleşmesine rağmen, araç kaydının satış sırasında bağlı bulunduğu Ankara Trafik Müdürlüğündeki kayıtlarda davacı üzerinde görünmeye devam etmesi şeklinde tezahür eden ve davacıyı eldeki davayı açmaya yönlendiren olgunun, davalının yasal yükümlülüğüne aykırı davranmasından değil; Ankara Trafik Tescil Şube Müdürlüğünün, satış işleminin gereklerini yerine getirmemiş olmasından kaynaklandığının kabulü gerekir.

Belirtilmelidir ki; yukarıda değinilmiş olan, trafiğe kayıtlı araç satımına ilişkin yasal düzenleme uyarınca, resmi şekle uygun olarak düzenlenen satış sözleşmesiyle birlikte araç mülkiyeti alıcısına geçer; mülkiyetin devriyle ilgili olarak trafik kaydında ilgili idarece yapılacak işlem; inşai (kurucu) değil; izhari (bildirici) niteliktedir. Do-

layısıyla, böylesi bir işlemin yapılmamış olması, mülkiyetin alıcıya geçmediğinin kabulünü gerektirmez.

Somut olayda, taraflar arasındaki 11.7.1994 tarihli satış sözleşmesiyle birlikte araç mülkiyeti, o tarih itibarıyla davalı alıcıya geçmiştir. Davalı alıcının, aracı sonradan başkasına satmış olması da, sözleşme tarihi itibarıyla Kanun gereği kendiliğinden oluşan bu sonuca etkili değildir.

Hal böyle olunca, somut olayda davacının yapması gereken, mülkiyetin devrini sağlayan satış sözleşmesini ibraz etmek suretiyle, sözleşme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere araç kaydının kendisi üzerinden terkinini dava dışı Trafik Müdürlüğünden istemek; istemi reddedildiği takdirde, idari işlem niteliğinde olacağı açık bulunan bu ret işlemine karşı, idari yargıda iptal istemiyle dava açmaktır.

Nitekim, davacının, eldeki davayı açmadan önce bu yönde bir başvuruda bulunduğu ve başvurusunun reddedildiği, davacının bu ret işleminin iptali istemiyle idari yargıda dava açmadığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Ne var ki, önceki başvurusunun reddine yönelik bir iptal davasının açılmamış olması somut olayda davacının yukarıda açıklanan nitelikte yeni bir başvuru yapmasına, böylece idareyi konuya ilişkin yeni bir idari işlem yapmaya zorlamasına ve başvuru reddedildiği takdirde o ret işlemi hakkında idari yargıda iptal davası açmasına hukuken bir engel oluşturmaz. Davacının bu yola gitmek yerine, satış sözleşmesindeki alıcı tarafı hasım göstermek suretiyle, kendisi üzerindeki trafik kaydının terkinini istemiyle adli yargıda açtığı eldeki dava dinlenebilir (mesmu) değildir.

Yerel mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, 24.10.2007 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Müteselsil Sorumlularda Feragatın Kapsamı İçindedir

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ
Esas : 2006/11591
Karar : 2006/11606

ÖZET : Müteselsil sorumlulardan biri hakkındaki davadan feragat edilmesi, diğer müteselsil sorumlulu yönünden de teselsülen feragat niteliği taşır ve böylece müteselsil sorumlu olan diğer davalı da sorumluluktan kurtulmuş olur.

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ : Asliye Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 11/5/2006
NOSU : 2004/400-2006/384
DAVACI : K.Ç. adına Av.R.A.
DAVALILAR : 1-A.G. Ltd. Şti. adına Av.M.E.
2-A.C.

Davacı K.Ç. vekili Av.R.A. tarafından, davalı A.G. Ltd. Şti. ve A.C. aleyhine 05/05/2004 gününde verilen dilekçe ile tazminat davasında unutulmuş faizin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davalı A.C. yönünden feragat nedeniyle reddine, davalı şirket yönünden kabulüne dair verilen 11/05/2006 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davalılardan A.G. Ltd. Şti vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan yaralanma ve araç hasarı nedeniyle açılan tazminat davasında unutulmuş faizin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davalı A.C. yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir. Karar, davalılardan A.G. Ltd. Şti. tarafından temyiz edilmiştir

Dava, kazaya karışan aracın işleteni ile olaya tam kusuru ile sebebiyet veren sürücüye karşı açılmıştır. Davacı vekili yargılama aşamasında olaya tam kusuru ile sebebiyet veren davalı sürücü hakkındaki davadan feragat etmiştir. Mahkemece yargılamaya devam olunarak araç işleteni diğer davalı hakkındaki istemin kabulüne karar verilmiştir.

Borçlar Yasası'nın 147/2. maddesi gereğince alacaklı diğerlerinin zararına olarak müteselsil borçlulardan birinin vaziyetini iyileştirdiği takdirde bu fiilin sonuçlarına şahsen katlanır. Davacı, müteselsil sorumlulardan sürücü hakkındaki davadan feragat ederek diğer sorumlu şirketin hakkındaki davadan feragat edilen sürücüye kusuru oranında rücu hakkını ortadan kaldırmıştır. Müteselsil sorumlulardan biri hakkındaki davadan feragat edilmesi diğer müteselsil sorumlu yönünden de teselsülden feragat niteliği taşır ve böylece müteselsil sorumlu olan diğer davalı da sorumluluktan kurtulmuş olur. O halde müteselsil sorumlu şirket hakkındaki davanın da reddedilmesi gerektiğinin gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 04/10/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Kamu Kuruluşlarına Ait Motorlu Araçların Sebep Oldukları Zararlardan Dolayı İşletenin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümler Uygulanır

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ
Esas : 2006/8458
Karar : 2007/13024

ÖZET : Kamu araçlarının verdikleri zararlardan dolayı idarenin kamu hukuku kurallarına göre değil, “işleten” sıfatıyla özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulması gerekir. Bu durumda, davalı idareye ait aracın neden ol-

duğu zararın tazmini isteği ile açılan davanın da bu kuralları uygulamakla görevli adli yargı yerinde görülmesi gerekmektedir.

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ : 19. Asliye Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 20/03/2007
NUMARASI : 2006/389-2007/78
DAVACI : 1- S.C. 2- G.C adlarına Av. İ.Ç.
DAVALI : Adalet Bakanlığı adına Av. N.K.

Davacı S.C. ve G.C. vekili Av.İ.Ç. tarafından davalı Adalet Bakanlığı aleyhine 28/09/2006 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 20/03/2007 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Dava dilekçesinde; olayın, Karayolları Trafik Yasası ve Borçlar Yasası hükümlerine göre haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek davalı Adalet Bakanlığı’nın 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası gereğince işleten

olarak sorumlu tutulması istenmiştir.

Mahkemece, "...davacının, araç işleteni olan davalı idareden tazminat talebinde bulunduğu, Ağır Ceza Mahkemesinde alınan en son bilirkişi raporunda ise davalı idarenin işleteni bulunduğu aracın sürücüsü olan davacının kusursuz olduğunun, dava dışı adı tespit edilemeyen büyükbaş hayvanların sahibinin 8/8 oranında kusurlu olduğunun belirlendiği, bu durumda davacının, işleten sıfatıyla davalıdan herhangi bir bedel talep edemeyeceği, davacının ayrıca davalı idarenin hizmet kusuruna dayandığını ve hizmet kusuruna dayalı tazminat davalarına bakmak görevi idari yargıya aittir." Olduğu... gerekçesi ile "...1- davacının davalıya yönelik objektif tehlike sorumluluk ilkesi ve araç işletenin kusursuz sorumluluk ilkesine dayalı tazminat davasında davanın reddine, 2- davacının, davalıya yönelik hizmet kusuruna dayalı tazminat davasında idari yargı yeri görevli olduğundan dava dilekçesinin reddine, davacının idari yargı yerinde dava açmakta muhtariyetine..." biçiminde hüküm kurulmuştur.

Karar, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda; cezaevinde şoför olarak görev yapan davacı, 18.10.2002 tarihinde davalı bakanlığa ait resmi araçla hükümlü nakli amacıyla seyri sırasında yola aniden çıkan büyükbaş hayvana çarparak direksiyon hakimiyetini kaybetmiş ve karşı yönden gelen başka bir araçla çarpışmıştır. Bu kaza sonucunda davacı yaralanmış, karşı yönden gelen aracın sürücüsü ise vefat etmiştir. Resmi araç sürücüsü olan davacı hakkında kamu davası açılmış ve Adli Tıp Trafik İhtisas Dairesi tarafından düzenlenen raporda; "...davacı-sanığın görüş mesafesine uygun süratle seyretmeyip etkili fren ve direksiyon tedbirine başvurmayarak olayda 2/8 oranında, hayvan sahibinin ise 6/8 oranında kusurlu olduğu..." bildirilmiştir. Asliye Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonucunda bu rapor hükme esas alınarak, davacı-sanığın 2/8 oranında kusurlu olduğu benimsenerek cezalandırılmasına karar verilmiş, davacı-sanık tarafından ceza mahkemesi kararı temyiz edilmiş ve Yargıtay ilgili Ceza Dairesince "...ağır ceza mahkemesi görevlidir..." gerekçesi ile karar bozulmuştur. Asliye Ceza Mahkemesince bozma ilamına uyularak görevsizlik kararı verilmiş, dosya ağır ceza mahkemesine gönderilmiştir. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sırasında kusur yönünden tekrar bilirkişi incelemesi yaptırılmış ve makine mühendisleri tarafından düzenlenen bilirkişi heyet raporunda, gece trafiği yoğun devlet karayoluna başıboş ve kontrolsüzce hayvan bırakan hayvan sahibinin olayda tamamen kusurlu olduğu, araç sürücülerinin kusursuz

oldukları belirtilmiştir. Ağır ceza mahkemesince yargılanmasına devam edilen ceza davasının henüz sonuçlanmadığı, yargılamanın halen devam ettiği ayrıca dava konusu olayda ölen diğer araç sürücüsünün yakınları tarafından davacı ve davalı bakanlık aleyhine açılan tazminat davasının da devam etmekte olduğu anlaşılmaktadır.

Olay, davacının, davalı Adalet Bakanlığı'na ait aracı kullanırken meydana gelmiştir. Zarara sebebiyet veren araç, trafikte davalı adına kayıtlıdır. Davacı, bu kaydı esas alarak davasını işleten sıfatıyla ona yöneltmiştir. Böylece davalı bakanlık 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası hükümleri uyarınca işleten sıfatı nedeniyle dava edilmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 106. maddesinde "Genel ve Katma Bütçeli Kuruluşlara, İl Özel İdareleri ve Belediyelere ve Kamu İktisadi Teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı bu kanunun işletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır" hükmü yer almaktadır. Anılan yasanın sekizinci kısmının "İşletenin Hukuki Sorumluluğu" başlıklı birinci bölümünde yer alan 85-90. maddelerinde motorlu araçların trafik kurallarına ve gereklerine aykırı davranışları sonunda meydana gelen zararlar nedeniyle gerçek ve özel kişilerle, kamu tüzel kişilerinin ayırım yapılmadan aynı sorumluluk kurallarına bağlı olmaları öngörülmüştür. Bu düzenleme itibarıyla yasa, kamu idare ve kurumlarına ait ve bu arada kamu hizmetine tahsis edilen motorlu araçların verdikleri zararlardan dolayı, trafik olaylarından doğan zararların özelliği göz önünde tutularak kamu idare ve kurumlarının özel kişilerle eşit şartlarda aynı esaslara göre sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Yasanın anılan bu hükümleri karşısında, kamu araçlarının verdikleri zararlardan dolayı idarenin kamu hukuku kurallarına göre değil "işleten" sıfatıyla özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulması gerekir. Bu durumda, davalı idareye ait aracın neden olduğu zararın tazmini isteği ile açılan davanın da bu kuralları uygulamakla görevli adli yargı yerinde görülmesi gerekmektedir. Mahkemece 2918 sayılı Yasanın yukarıda açıklanan hükümleri gereğince uyuşmazlığın çözüm yerinin adli yargı yeri olduğu benimsenerek işin esasına bakılarak varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmek gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya uygun değildir.

Ayrıca mahkemece davanın hem görev yönünden hem de esas yönünden reddine karar verilmiş olması da bir çelişki oluşturmaktadır. Mahkemenin kabul biçimine göre değerlendirme yapılacak olursa; mahkemece uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargıya ait olduğu kabul edilerek yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmiş ol-

masına göre, artık işin esası hakkında inceleme yapılamaz ve hüküm kurulamaz. Bu nedenle de davanın hem görev yönünden hem de esas yönünden reddine karar verilmiş olması da usul ve yasaya uygun değildir.

Tüm bu maddi olgular ile yukarıdaki “işleten” konusundaki açıklamalar değerlendirildiğinde, davalı bakanlığın işleten olduğu açıktır. Karayolları Trafik Yasası’nın 85/1 maddesine göre motorlu aracın işletilmesinden doğan zararlardan işleten sorumlu tutulmuştur. Araç işletenin sorumluluğu tehlike ilkesine dayanmakta olup kusura bağlı değildir. Araç işletenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için; aracın işletilmesi, bundan bir zarar doğması ve illiyet bağının bulunması sorumluluk için yeterlidir. İşletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için Karayolları Trafik Yasası’nın 86/1 maddesine göre kurtuluş nedenlerini kanıtlaması gerekir. Şu durumda mahkemece, iddia ve savunma doğrultusunda taraf kanıtları toplanarak inceleme yapılması, gerekirse ceza davasının neticesinin beklenmesi ve varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken açıklanan hususlar incelenmeksizin, eksik inceleme ve yasal düzenlemelerle bağdaşmayan gerekçelerle çelişkili karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle bozulmasına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 26/10/2007 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerekçeleri nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre kararın onanması gerektiğini düşündüğümden sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Trafik Sicillerinde Değişiklik Yapılmasını İçeren İsteklerin İdari Yargıda Karara Bağlanması Gerekir

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ
Esas : 2007/2841
Karar : 2007/16254

ÖZET : Trafik sicillerinde değişiklik yapılmasını içeren isteklerin idari yargıda karara bağlanması gerekir. Şu halde mahkemece, dava konusu aracın mülkiyetinin davacıya ait olduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken

bu yön gözetilmeksizin trafik kaydındaki tescilin iptali ile davacı adına tesciline karar verilmiş olması doğru değilse de bu yanlışlığının giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK'nun 438. maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

YARGITAY İLAMI
MAHKEMESİ : Ödemiş Asliye 2. Hukuk Hakimliği
TARİHİ : 09/12/1997
NOSU : 1997/100-1997/366
DAVACI : A.U. vekili Av.F.E.
DAVALI : İ.U. vekili Av.R.K.

Davacı A.U. vekili Av. F.E. tarafından, davalı İ.U. aleyhine 10/03/2007 gününde verilen dilekçe ile mülkiyet tespiti, kaydın iptali ve alacak istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; trafik kaydındaki tescilin iptali ve davacı adına tesciline dair verilen 09/12/1997 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı

dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kaydından davalı adına kayıtlı olan aracın davacıya ait olduğunun tespiti ile kaydın iptali ve davacı adına tesciline veya bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüyle trafik kaydındaki tescilin iptali ve davacı adına tesciline karar verilmiştir. Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Trafik sicillerinde değişiklik yapılmasını içeren isteklerin idari yargıda karara bağlanması gerekir.

Şu halde mahkemece, dava konusu aracın mülkiyetinin davacıya ait olduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeksizin trafik kaydındaki tescilin iptali ile davacı adına tesciline karar verilmiş olması doğru değilse de bu yanılmanın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK'nun 438. maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının 1. bendinin hükümden çıkarılarak yerine “davanın kısmen kabulüyle halen davacı zilyetliğinde bulunan 35 ZAF 93 plaka nolu Renault marka aracın mülkiyetinin davacıya ait olduğunun tespitine” bendinin yazılmasına, davalının diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle reddi ile kararın düzeltilmiş bu biçimiyle ONANMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 24/12/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Ticaretle Uğraşan Kişinin Desteğinin Asgari Ücret Düzeyinde Kazancı Olduğu Varsayımı ile Yapılan Zarar Hesaplaması Doğru Değildir

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ
Esas : 2007/5976
Karar : 2007/8629

ÖZET : Olayda hayatını kaybeden davacılar desteğinin bir limitet şirket ortağı ayrıca yeni bir mobilya mağazası açma hazırlığında olduğu anlaşılmaktadır. Şu

durumda, ticaretle uğraşan kişinin desteğinin asgari ücret düzeyinde kazancı olduğu varsayımı ile yapılan zarar hesaplaması doğru değildir. Desteğin ticari faaliyete kişisel katkısı gözetilerek emsal kazancının belirlenmesi ve ona göre destekten yoksun kalma zarar miktarının hesaplanması gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulmuş olması bozmayı gerektirmiştir.

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ : Asliye 4. Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 29/12/2005
NOSU : 2004/281-2005/598
DAVACI : S.G. vd. adlarına Av. İ.H.B.
DAVALI : A. İ. Tic. Koll. Şti. vd. adlarına Av.S.E.

Davacılar S.D. vd. vekili Av. H.B. tarafından, davalılar A.İ. Tic. Koll. Şti. vd. aleyhine 07/06/2004 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 29/12/2005 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi taraflar vekillerince süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalıların tüm, davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmiştir.

2- Davacıların diğer temyiz itirazlarına gelince, dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiştir.

a) Olayda hayatını kaybeden davacılar desteğinin bir limitet şirket ortağı ayrıca yeni bir mobilya mağazası açma hazırlığında olduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda, ticaretle uğraşan desteğin asgari ücret düzeyinde kazancı olduğu varsayımı ile yapılan zarar hesaplaması doğru değildir. Desteğin ticari faaliyete kişisel katkısı gözetilerek emsal kazancının belirlenmesi ve ona göre destekten yoksun kalma zarar miktarının hesaplanması gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulmuş olması bozmayı gerektirmiştir.

b) Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimın özel halleri gözönünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22/06/1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde gösterilmelidir.

Davaya konu somut olayda; davalının kusuru, olay tarihi ve yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde desteğin eş ve çocukları için takdir edilen manevi tazminat miktarı azdır. Daha üst düzeyde manevi tazminat takdir edilmek üzere kararın bozulması gerekmektedir.

c) Davacılar, tüm tazminat için olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesini istedikleri halde, manevi tazminat miktarına dava (harç) tarihinden itibaren faiz yürütülmüş olması da bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2/a, b ve c) bentlerinde gösterilen nedenlerle davacılar yararına BOZULMASINA; davalıların tüm, davacıların diğer temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve temyiz eden davacılardan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 25/06/2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

İktisap ve Konut İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davası Açılabilmesi İçin Uyulması Gereken 1 Aylık ve 6 Aylık Süreler

YARGITAY
6. Hukuk Dairesi

Esas : 2007/8865
Karar : 2007/10743

ÖZET : 6570 sayılı Kanun'un 7/d maddesine dayanarak iktisap ve ihtiyaç sebebiyle tahliye davası, iktisap tarihinden itibaren 1 ay içinde durumun kiracıya tebliğ edilmesi suretiyle 6 ay sonra açılır. Kiracıya

usulsüz tebligat yapılması koşullarda eksiklik yaratacağından tahliye kararı verilemez.

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ : ... 10. Sulh Hukuk Mahkemesi
ESAS NO : 2006/98
KARAR NO : 2007/658
KARAR TARİHİ : 7.6.2007
DAVACI : M.B.
DAVALI : H.T.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı kiralananın tahliyesi davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, iktisap ve konut ihtiyacı nedeniyle kiralananların tahliyesine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, müvekkilinin davalının kiracısı olduğu taşınmazı kirada oturan kızı S.N.'nin konut ihtiyacı sebebiyle 17.3.2006 tarihinde satın alarak bu konuda davalıya 31.3.2006 tarihinde ihtarname gönderdiğini, davanın 6570 sayılı Kanun'un 7/d maddesine göre süresinde açıldığını belirterek, davalının kiralananın tahliyesini talep etmiştir. Davalı, davacı ile uyuşmazlıklarının taşınmazın eski malikinin eşinden kaynaklandığını, iktisap ve ihtiyaç durumunu bildirir ihtarnamenin 7.4.2006 tarihinde usulsüz şe-

kilde tebliğ edildiğini kendisinin tebligatı görmediğini, bu konuda bilgilendirilmediğini, ihtiyacın samimi olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un 7/d maddesi gereğince iktisap ve ihtiyaca dayanılarak açılan tahliye davasını kiralananı iktisap eden kimse, iktisap tarihinden itibaren bir ay içerisinde keyfiyetten kiracıyı ihtarname ile haberdar etmek suretiyle altı ay sonra açabilir. İktisaptan itibaren bir aylık süre geçtikten sonra ihtarname tebliğ edilmiş ise, yeni malik bu maddeye dayanarak dava açamaz.

Öte yandan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un 7/b-c ve ç maddeleri hükmüne göre açılacak tahliye davalarının İcra İflas Kanunu'nun 272 maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle kira sözleşmesinin bitimini takip eden bir ay içinde açılması gerekir. Daha önce veya bu bir aylık süre içerisinde sözleşmenin yenilenmeyeceğine ilişkin tahliye iradesi kiracıya bildirilmiş ise bu bildirimi takip eden dönem sonuna kadar dava açılabilir. Dava açma süresi kamu düzenine ilişkin olup davalı ileri sürmese bile mahkeme kendiliğinden gözönünde bulundurulması gerekir.

Olayımıza gelince; davacı, davalının kiracısı olduğu taşınmazı 17.3.2006 tarihinde satın aldıktan sonra 31.3.2006 tarihinde iktisap ve ihtiyaç durumunu bildirir ihtarname keşide etmiş, ancak ihtarname davalıya Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre hangi nedenle adreste bulunmadığı belirtilmeden 7.4.2006 tarihinde usulsüz şekilde tebliğ edilmiştir. Davalı da tebliğden haberdar olmadığını savunmaktadır. Davacı ise ihtarnamenin davalıya tebliğini takiben 20.9.2006 tarihinde işbu davayı açmıştır. Davacı tarafından keşide olunan ihtarname davalıya yöntemine uygun biçimde tebliğ edilmediğine göre 6570 sayılı Yasa'nın 7/d maddesinde aranan koşulun gerçekleşmediğinin kabulü gerekir. Yasada, ihtarnamenin keşidesinin değil tebliğ koşulu aranmıştır. Dava her ne kadar iktisaptan itibaren altı ay sonra açılmış ise bir aylık süre içinde ihtarname usulüne uygun şekilde tebliğ edilememiş olduğundan davada 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/d maddesinin koşulları gerçekleşmemiştir. Diğer yandan davalının önceki kiralayanı ile düzenlediği kira sözleşmesi 1.7.1999 başlangıç tarihli ve bir yıl sürelidir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/b maddesine göre açılacak tahliye davasının bu durumda yukarıda açıklandığı üzere 1.8.2006 tarihine kadar açılması gerekir. Ne var ki davacı tarafından gönderilen ve usulsüz şekilde tebliğ edildiği için hukuki sonuç doğurmayacak ihtarnamenin süre koruyucu niteliği de olmadığı-

YARGI KARARLARI

dan 2.9.2006 tarihinde açılan dava 6570 sayılı Yasa'nın 7/b maddesine göre de süresinde değildir. Kaldı ki davacı taraf dava dilekçesinde açıkça 6570 sayılı Yasa'nın 7/d maddesine dayanmıştır. Bu itibarla mahkemenin süre yönünden davanın reddine karar vermesi gerekirken, işin esası incelenerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'nun 428. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 16.10.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Tolga Yurdakul

Yasal Diğer Koşullar Varsa; İhtiyati Haciz Kararı Alınabilmesi İçin İİK 68’de Belirtilen Bir Aylık İtiraz Süresinin Beklenmesine Gerek Yoktur

**YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ**

**Esas : 2006/8054
Karar : 2006/9887**

ÖZET : İhtiyati haciz kararı verilebilmesi için, alacağın nakit ve muaccel olması ve rehinle temin edilmiş olması yeterlidir. Mahkeme-ye alacağın varlığı konusunda oldukça kanaat vermesi gerekir. Al-

cağın İİK 68’de belirtilen belgelerden olması zorunlu değildir. Hesap özeti kesinleşmesi, itirazın hukuk mahkemelerinde kaldırılması yönünden önem taşımaktadır. Hesap özetine bir aylık itiraz süresinin dolmamış olması ihtiyati haciz kararı alınmasına engel değildir.

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ : ... Asliye 12. Ticaret Mahkemesi

TARİHİ : 28/02/2006

NUMARASI : 2006/171 D.İş

İHTİYATİ HACİZ TALEP

EDEN : KOÇBANK AŞ vekili Av.E.A.

KARŞI TARAFLAR: 1-K. EMLAK KOM. İNŞ.LTD.ŞTİ.

2-B.K.

3-L.K.

Taraflar arasında görülen davada ... Asliye 12. Ticaret Mahkemesince verilen 28.02.2006 tarih ve 2006/171 D.İş sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi ihtiyati haciz isteyen vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, bazı noksanlıkların ikmali için dosya mahalline gönderilmişti. Bu noksanlıkların giderilerek dosyanın gönderildiği anlaşılmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi S.Ç. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

İhtiyati haciz isteyen alacaklı vekili, davalılardan asıl borçlu K.Ltd. Şti. lehine diğer borçluların müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladıkları Genel Kredi Sözleşmesine dayalı açılan ve kullandırılan kredi hesabının 03.02.2006 tarihinde kat edildiğini, ihtarnameye rağmen toplam 139.356.60 YTL borcun ödenmediğini, sözleşmede müvekkilinin teminat göstermeyebileceğinin kararlaştırıldığını, alacağın başka bir teminatı da bulunmadığını ileri sürerek, ihtiyati haciz kararı verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına göre, hesap özeti'nin 08.02.2006 tarihinde tebliğ edildiği; İİK'nun 68. maddesinde öngörülen bir aylık itiraz süresinin dolmaması nedeniyle hesap özeti'nin kesinleşmediği gerekçesiyle, istemin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı alacaklı vekili temyiz etmiştir.

İstem, genel kredi sözleşmesine dayalı ihtiyati haciz istemine ilişkindir.

İİK'nun 257'nci maddesinde ihtiyati haciz talep edebilmenin koşulları sıralanmış olup, alacağın muaccel olması da koşullardan biri olarak öngörüldüğü gibi ayrıca istemin, alacaklının nakdi alacağının varlığına delalet eden ve mahkemeye bu yönde oldukça kanaat veren ve İİK'nun 68/b maddesi anlamında olması yasal zorunluluk olmayan bir belgeye bağlı olması da gerekir. İhtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almak için mahkeme kararı ile, borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasıdır.

Somut uyuşmazlıktaki gibi, hesap kat ihtarı karşı taraf borçlulara tebliğ edilmişse, diğer anlatımla alacağın vadesi gelmişse ve alacak için bir rehin yoksa, alacaklı mahkemeye başvurarak ihtiyati haciz kararı verilmesini isteyebilir. Bu halde alacaklı, sadece alacağının varlığını, vadesinin geldiğini ve alacak için rehin bulunmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Alacaklının başka bir hususu ispat etmesine gerek yoktur. (İİK'nun 257/1.m) Bu itibarla, tebliğden itibaren İİK'nun 68. maddesinde öngörülen bir aylık sürenin geçmesi koşulu, ihtiyati haciz koşullarından biri değildir. Hesap kat ihtarına itiraz edilmesi muacceliyeti ortadan kaldırmaz. Hesap özeti'nin İİK'nun 68'inci maddesinde sayılı belgelerden olup olmaması itirazın icra hukuk mahkemesinde kaldırılması istemi yönünden önemlidir.

Bu durumda, alacağın muaccel hale geldiği ve nakdi nitelikte olduğu, ayrıca İİK'nun 68/b maddesi anlamında olması yasal zorunluluk olan bir belgeye bağlı olmasının gerekmediği de gözetilip, sadece alacağın rehinle temin edilip edilmediği üzerinde durulması so-

nucuna göre karar verilmesi gerekirken, tüm borçlular için aksi yöndeki yazılı gerekçelerle istemin reddi doğru görülmemiştir.

Diğer yandan, Mahkemece, alacağın rehinle temin edilmediği sonucuna varılması halinde, müşterek borçlu ve müteselsil kefil olan borçlular hakkındaki istem bakımından, önce asıl borçluya gidilmesi ve rehinleri paraya çevirtme şartları aranmamalıdır. Zira, İİK'nun 45'inci maddesine göre, rehinle temin edilmiş bir alacağın takibi ancak rehinin paraya çevrilmesi yoluyla yapılabilir ve aynı yasanın 257'nci maddesine göre de, rehinde temin edilmemiş borcun alacaklısı, borçlu aleyhine ihtiyati haciz talebinde bulunabilir ise de, gerek İİK'nun 45'inci maddesi ve gerekse 257/1'inci maddesindeki düzenlemeler borçlu ile ilgili düzenlemeler olup, takip ya da ihtiyati haciz konusu alacağın kefilleri ile ilgili bir düzenleme değildir. Kefillere ilişkin özel düzenleme ise BK'nun 487/1'inci maddesinde yapılmış olup, anılan madde gereğince kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını üstlenmiş ise, alacaklı, asıl borçluya müracaat ve rehinleri paraya çevirtmeden önce kefil aleyhine de takibat yapılabilir.

O halde, davacı bankanın, kredi sözleşmesinde müşterek müteselsil borçlu ve kefil sıfatı taşıyan borçlular bakımından, asıl borçluya müracaat ve rehinleri paraya çevirtme şartları aranmaksızın, BK'nun 487/1'inci maddesine dayanarak ihtiyati haciz talebinde bulunmasında yasada engel bir durum bulunmadığı gözetilerek, ihtiyati haciz koşullarından sadece alacağın rehinle temin edilip edilmediği üzerinde inceleme yapılarak, sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle, ihtiyati haciz isteminde bulunan davacı-alacaklı banka vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davacı banka yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 09/10/2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Nail Yılmaz Toksöz

İhtiyati Haciz Kapsamı

YARGITAY
11. Hukuk Dairesi

ÖZET: Teminat mektubu bedelleri hakkında da ihtiyati haciz istenilmesi mümkündür.

Esas : 2007/12926

Karar : 2007/14719

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ : Asliye 12. Ticaret Mahkemesi

TARİHİ : 21/09/2007

NUMARASI : 2007/1277-2007/1277

İHTİYATİ HACİZ

İSTEYEN (ALACAKLI): Oyakbank A.Ş. vekili Av.M.G.

ALEYHİNE HACİZ

İSTENİLENLER : 1-S.T.

2-F.T.

3-C.T.

4-M. Yemek Gıda Teks.San. Tic.Ltd.Şti.

Taraflar arasında görülen davada Asliye 12. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 21.09.2007 tarih ve 2007/1277-2007/1277 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi ihtiyati haciz isteyen vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi R.Ö. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

İhtiyati haciz isteminde bulunan (alacaklı) vekili, müvekkili banka ile talep dışı iki şirketin aldıkları ve borçluların kefil olarak imzaladıkları sözleşme uyarınca kullanılan kredilerin ödenmediğini, hesapların kat edildiğini, davalıların bu borçtan sorumlu olduklarını ileri sürerek, karşı tarafın taşınır ve taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları üzerinde, borca yetecek miktarda ihtiyati haciz kararı verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, iddia ve dosyadaki belgelere göre, borçluların belirlenen sorumluluk oranlarında nakdi krediler ile çek sorumluluk miktarı bakımından istemin kabulüne, teminat mektuplarına ilişkin diğer istemlerin ise yargılamayı gerektirdiği için reddine karar verilmiştir.

Kararı, ihtiyati haciz isteyen (alacaklı) vekili temyiz etmiştir.

Uyuşmazlık, ihtiyati haciz isteminin reddedilen kısmına ilişkin olup, ihtiyati haciz isteyen banka vekili, teminat mektuplarının depo edilmesi talebinin ihtiyati haciz istemi kapsamında kabul edilmesini talep etmektedir.

Mahkemece, yazılı gerekçelerle, teminat mektuplarının depo edilmesine ilişkin istem reddedilmiş ise de; davalıların müşterek borçlu müteselsil kefil olduğu genel kredi sözleşmesinin 35. maddesi gereğince, teminat mektupları bedellerinin bankaya depo edilmesinin her zaman istenilmesi mümkün olup, buna göre istemin yargılamayı gerektirdiği gerekçesiyle reddi doğru değildir.

Bu durumda, mahkemece, yukarıda açıklandığı üzere, teminat mektubu bedelleri hakkında da ihtiyati haciz istenilmesi mümkün olduğundan, bu hususta işin esasına girilmesi ve isteme ilişkin diğer şartların varlığı araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde anılan istemin reddedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, ihtiyati haciz isteyen vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, kararın anılan taraf yararına BOZULMASINA, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 22.11.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Adli Yardım Talebi En Geç Dava Sırasında Yapılabilir

YARGITAY
19. Hukuk Dairesi

Esas : 2007/1269

Karar : 2007/2277

ÖZET: Temyiz eden davalı temyiz dilekçesinde adli yardım talep etmiş, bakiye karar ve ilam harcını yatırmamıştır. Ancak adli yardım talebi en geç dava sırasında yapılabileceğinden Yargıtay tarafından bakiye karar; ilam ve eksik yatırılan temyiz harçlarının alınması için dosyanın mahkemeye geri çevrilmesine oybirliğiyle karar vermiştir.

YARGITAY İLAMI

Davacı TMSF E. A.Ş. vekili Av.N.N. ile davalı 1- M.D.E.O. A.Ş. İflas idaresi 2- M.D.U.D.T. A.Ş. İflas İdaresi 3- Y.M.D. 4-M. Holding A.Ş. (Ş.D. A.Ş.) vekili Av.S.N. 5-D.İhr.T. Tic. A.Ş. 6-D.Holding A.Ş. arasındaki birleştirilen itirazın iptali davası hakkında İstanbul 7.Asliye Ticaret Mahkemesinden verilen 24.5.2005 gün ve 945-364 sayılı hükmün davalı Y.M.D. tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu.

KARAR

Temyiz eden davalı Y.M.D. vekilinin maktu harç yatırdığı bakiye karar ve ilam harcını yatırmamış olduğu ve temyiz dilekçesinde bu yönde adli yardım talebinde bulunduğu anlaşılmıştır.

Uygulamada adli yardım, en geç dava sırasında yapılabilir. Hükümden sonra kanun yollarına müracaat için adli yardım kararı verilemez. (Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 26.12.1960 tarih 6937/8506 sayılı kararı, Prof. Dr. Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Baskı, 1991, cilt 4, sh. 3757 dn 20) bu nedenle adli yardım talebinin reddi gerekmiştir.

Harçlar Yasasının 32. maddesi uyarınca, yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılamaz. Aynı yasanın 28/a maddesinde karar ve ilam harcının ne zaman ödeneceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda mahkemece, bakiye karar ve ilam harcı ile noksan yatırılan temyiz harcının alınması için HUMK'nun 434. maddesi uyarınca işlem yapılarak sonucuna göre yeniden gönderilmek üzere dosyanın mahkemesine GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 9.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGI KARARLARI

İdare Hukuku Bölümü

13.12.2006 gün ve 26375 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Avukatlık “Asgari Ücret Tarifesinin” İkinci Kısım, Birinci Bölümün 4 No’lu Bendi İptal Edilmiştir

**DANIŞTAY
SEKİZİNCİ DAİRESİ**

DAVACI: Afyonkarahisar Barosu Başk.

VEKİLLERİ: 1. Av. M. D.

2. Av. H. G.

Esas : 2007/1110

DAVALI: 1- Adalet Bakanlığı

Karar : 2008/332

2- Türkiye Barolar Birliği

Çetin Emeç Bulvarı No:46 - Balgat/Ank.

Vekili: Av. S. Ş. (aynı yerde)

Davanın Özeti: 13.12.2006 gün ve 26375 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım, Birinci Bölüm 4 no’lu bendi’nin vergi uyumsuzluklarındaki hukuki yardımlar karşılığında ödenecek avukatlık ücreti için üst sınır getirilmesinde hukuka uyarlılık bulunmadığı ileri sürülerek iptal istenilmektedir.

Adalet Bakanlığı’nın Savunmasının Özeti Yüksek meblağlar içeren vergi uyumsuzluklarında bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünde eşitliği sağlamak amacıyla hakkaniyete uygun olarak dava konusu düzenlemenin yapıldığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Türkiye Barolar Birliğinin Savunmasının Özeti: Tarife hazırlanırken vergi uyumsuzluklarının niteliği gözetilerek takdir hakkının tamamen kamu yararı doğrultusunda kullanıldığı ve üst normlara uygun şekilde düzenleme yapıldığı, bu sebeple davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Volkan ÇAKMAK’ın Düşüncesi: Maktu ücrete bağlı hukuki yardımlarda ödenecek ücret başlığı altında vergi uyumsuzluklarında nisbi olarak hesaplanacak avukatlık ücretine dava konusu miktar baz alınarak üst sınır getiren dava konusu düzenlemenin tarifenin bütünlüğü içindeki tutarlığı bozduğu ve üst sınır getirilmesinin tarifenin asgari had belirlemek şeklindeki amacıyla bağdaşmadığı ve dava konusu düzenlemenin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülşen BİŞKİN’in Düşüncesi: Dava 13.12.2006 günlü ve 26375 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukat Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım, Birinci Bölüm 4 No’lu bendinin iptali isteğiyle Afyonkarahisar Barosu Başkanlığı tarafından açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 4467 sayılı Kanunla değişik 168 inci maddesi hükmü uyarınca hazırlanıp 13.12.2006 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2006 yılı Avukat Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısmında, yargı yerlerinde, icra ve iflas dairelerinde yapılan hukuki yardımlara ödenecek ücretler, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilse bile maktu ücrete bağlı olan hukuki yardımlar, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki yardımlar olarak bölümlendirilmiş, iptali istenen Birinci Bölüm 4'üncü bendinde vergi mahkemelerinde takip edilen dava ve işler için a) Duruşmasız ise 350 lira b) Duruşmalı ise 500 lira, şu kadarki davanın ilişkin bulunduğu vergi miktarı duruşmasızlarda 3,000.00 liraya, duruşmalılarda 4,000.00 liraya kadar olan işlerde üçüncü kısma göre avukatlık ücreti uygulanacağı belirtilmiş, üçüncü kısımda ise yargı yerleri ile icra ve iflas dairelerinde yapılan ve konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki yardımlara ödenecek ücretler düzenlenmiştir.

Vergi mahkemelerinde görülmekte olan işlerde yapılacak hukuki yardım karşılığı ödenecek vekalet ücretinin maktu düzenlemesinin hukuka aykırı olduğu, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 12 inci maddesinde belirlenen istisnalardan olmadığı halde 4 nolu bentte belirlenen ücretin mi yoksa ikinci kısım ikinci bölümün 14 nolu bendinde belirlenen ücretin mi esas alınacağının açık olmadığı, bu düzenlemenin adil ücret alma hakkına aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiştir.

Vergi davalarında, uyuşmazlık konusunun çok yüksek rakamlara ulaşması nedeniyle bu davalardaki hukuki yardımlar için ödenecek avukatlık ücretinin nisbi olarak hesaplanması halinde, dava sonucu aleyhine olan tarafın oldukça yüksek miktarlı vekalet ücreti ödemesi durumu doğacağından, bu halin haksız vergi istendiğini düşünen kişilerin hak arama yoluna gitmesini engelleyeceği, İkinci Kısım İkinci Bölüm 14 No'lu bendinin ise konusu para olmayan ancak vergi ve idare mahkemelerinde takip edilen işleri kapsadığı, dava konusu düzenlemede, hukuka ve kamu yararına aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince duruşma için önceden belirlenen 23.01.2008 gününde davacı vekilleri av. Mehmet Demir ile Av. Hatice Gök'ün ve davalı idareleden Türkiye Barolar Birliği vekili Av. Seray Şenfer'in geldikleri davalı idarelerden Adalet Bakanlığı temsilcisinin gelmediği görüldükten, tarafların sav ve savunmaları ile Danıştay Savcısının düşüncesi dinlendikten sonra işin gereği görüldü.

Uyuşmazlık 13.12.2006 gün ve 26375 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım, Birinci Bölüm 4 no'lu bendinin iptali isteminden doğmuştur.

1136 sayılı Avukatlık Yasasının 4467 sayılı Yasayla değişik 168. maddesinde, baro yönetim kurullarının her yıl eylül ayı içerisinde, yargı yerlerindeki işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren birer tarife hazırlayarak Türkiye Barolar Birliğine gönderecekleri, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca, baro yönetim kurullarının teklifleri de gözönüne alınmak suretiyle uygulanacak tarifenin o yılın Ekim ayı sonuna dek hazırlanarak Adalet Bakanlığına gönderileceği, tarifenin Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşeceği, ancak Adalet Bakanlığının uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderileceği, geri gönderilen bu tarifenin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılacağı ve sonucun Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirileceği hükme bağlanmıştır.

Yukarıda aktarılan yasa hükmü uyarınca hazırlanıp, 13.12.2006 gün ve 26375 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısımında, yargı yerlerinde, icra ve iflas dairelerinde yapılan hukuki yardımlar; konusu para olsa veya para ile değerlendirilse bile maktu ücrete bağlı olan hukuki yardımlar ve konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki yardımlar olarak bölümlendirilmiş, iptali istenilen Birinci Bölüm 4. maddede, vergi mahkemelerinde takip edilen dava ve işler için a) Duruşmasız ise 350,00 YTL b) Duruşmalı ise 500,00 YTL, şu kadarki davanın ilişkin bulunduğu vergi miktarı duruşmasızlarda 3.000,00 YTL, duruşmalıda 4.000,00 YTL kadar olan işlerde üçüncü kısma göre avukatlık ücreti uygulanacağı belirtilmiş, üçüncü kısımda ise yargı yerleri ile icra ve iflas dairelerinde yapılan ve konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki yardımlara ödenecek ücretler düzenlenmiştir. İkinci kısmın Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan Konusu Para Olmayan veya Para ile Değerlendirilemeyen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret başlıklı ikinci bölümün 14'üncü bendinde de idare ve vergi mahkemelerinde takip edilecek davalar için ödenecek avukatlık ücreti belirtilmiştir.

Aynı tarifenin 12.maddesinde; Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya parayla değerlendirilebiliyorsa avukatlık ücretinin Tarifenin üçüncü kısmına göre belirleneceği hükme bağlanmış olup, Tarifenin Üçüncü Kısımında da dava konusu miktara göre avukatlık ücretinin belirlenmesi için oranlar saptanmıştır.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin avukatların gerçekleştirdikleri

hukuki yardımlar karşılığında alınacak avukatlık ücretini yapılacak yardımın niteliği ve uyumsuzluğun çözüleceği yargı mercine göre tasnif eden ve bu ücretlerin asgari sınırını belirleyen bir düzenleme olduğu tartışmasızdır.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan dava konusu düzenleme ile vergi mahkemelerinde görülecek uyumsuzluklar için ödenecek avukatlık ücreti belirlenmiş, ancak Tarifenin başka bir kısmında yer almayan bir şekilde azami bir sınır getirilmiştir. Ayrıca yukarıda ifade edildiği gibi Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyumsuzluklar için vergi maddelerinde ödenecek avukatlık ücreti ayrıca sabit olarak belirlenmiş ve 12.maddede yapılan düzenleme ile konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyumsuzluklar için vergi mahkemelerinde ödenecek ücretin üçüncü kısmındaki nisbi oranlar üzerinden hesaplanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla dava konusu düzenleme gözönüne alındığında vergi mahkemelerinde görülen uyumsuzluklarda alınacak avukatlık ücreti için Tarifenin bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde düzenlemeler yapıldığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan dava konusu düzenleme, konusu para olsa veya para ile değerlendirilse bile maktu ücrete bağlı hukuki yardımlar başlığı altında düzenlediği halde anılan hüküm ile konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyumsuzluklarda olduğu gibi nisbi oranlar üzerinde yapılacak hesaplama için üst sınır getirilmiştir.

Bu durumda, Tarifenin kendi bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde vergi uyumsuzluklarında nisbi olarak hesaplanacak avukatlık ücretine dava konusu miktar baz alınarak üst sınır getirilmesine ilişkin düzenlemede hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle 13.12.2006 gün ve 26375 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım, Birinci Bölüm 4 no'lu bendinin iptaline, 128.10 YTL yargılama giderinin ve karar verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 1,100.00 YTL vekalet ücretinin davalı idarelerden alınarak davacıya verilmesine, artan posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine 23.01.2008 gününde oybirliği ile karar verilmiştir.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Ayla	Dr. Tacettin	Alaattin	Cem	Siddık
Alkılıncım	Şimşek	Öğüş	Erbük	Yıldız

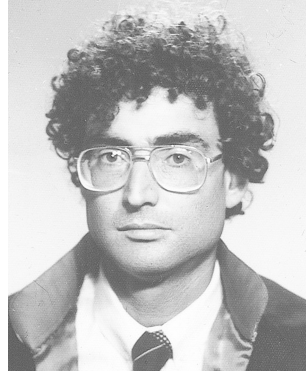
Gönderen: Av. Muhittin ÜSTÜNDAG

YİTİRDİKLERİMİZ



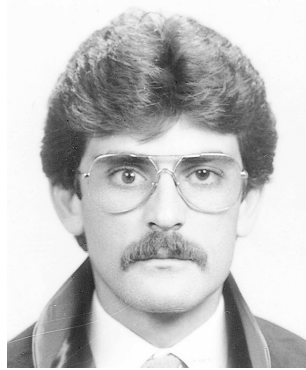
Av. Nail Nebioğlu

Sicil no : 1774
Doğum Tarihi : 01.01.1935
Ölüm Tarihi : 26.02.2008



Av. Celal Saçaklıoğlu

Sicil No : 3114
Doğum Tarihi : 08.08.1955
Ölüm Tarihi : 08.04.2008



Av. Erdem Torlak

Sicil No : 2794
Doğum Tarihi : 14.05.1957
Ölüm Tarihi : 08.04.2008

Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu